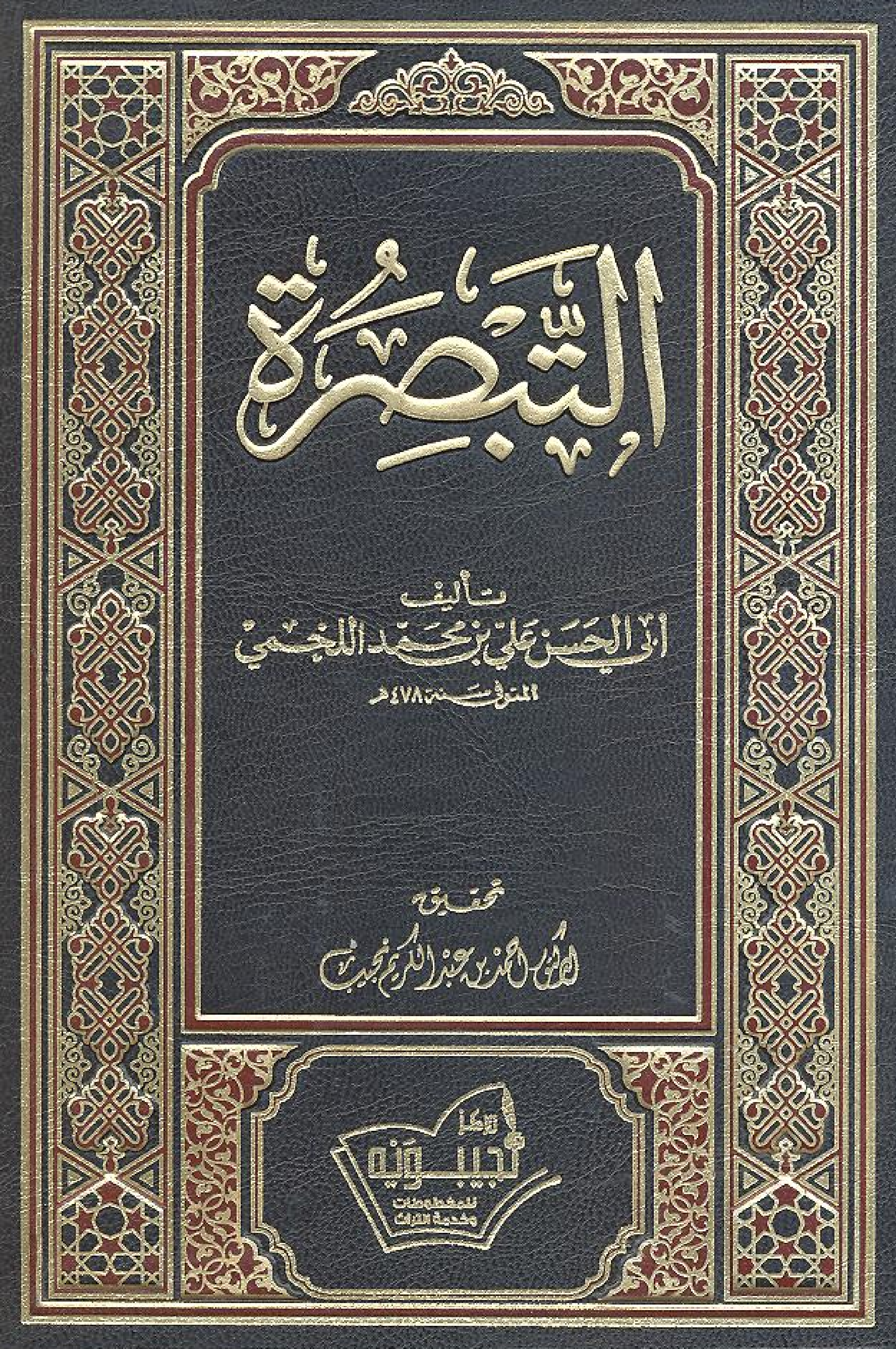
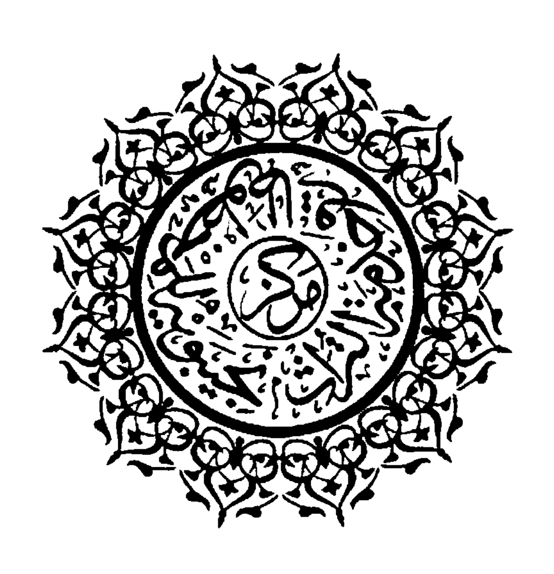
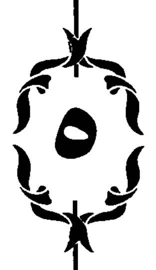


التبصرة
تأليف
أبي الحسن علي بن محمد اللخمي
المتوفى سنة ٤٧٨هـ
تحقيق
الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب
مركز
نجيبويه
للمخطوطات
وخدمة التراث




٥


التبصرة

الطبعة الثانية

1433هـ - 2012م

تطلب منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث من:

برج (أ) - وحدة (505)
16 ش ولي العهد – حدائق القبة – القاهرة
جمهورية مصر العربية
Tel: (+20) 224875690 –1115550071

****

APT 22 - ETG 2 - IMM 6 - GH 11
Madinati - Sidi El Bernoussi
Casablanca - Royaume du Maroc
Tel: (+212) 667893030 – 678899909

****

انواكشوط ـ ilotL ـ حي المدارس ـ مقابل المتحف الوطني
الجمهورية الإسلامية الموريتانية
Tel: (+222) 6387373 – 5295911

www.najeebawaih.net
ahmed@najeeb.net



تأليف

أبي الحسن علي بن محمد اللخمي

المتوفى سنة ٤٧٨هـ

تحقيق

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

الأمين العام لرابطة الكتاب والأدباء العرب

من منشورات

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث

الطبعة الثانية


بسم الله الرحمن الرحيم





كتاب الظهار

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 –(ق١٠)= نسخة القرويين رقم (٣٧٠)

4 – (ش١)= نسخة الشيخ أبَّاه -النباغية (شنقيط)



بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم



كتاب الظهار

باب
في تحريم الظّهار ومن نوى الظهار ولم ينطق به أو نطق به وأراد به الطلاق

الظهار محرم لقول الله عز وجل: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢] وذكر الظهار ها هنا كناية عن الوطء؛ لأن الظَّهْرَ موضع الركوب، والمرأة مركوبة حين الغشيان. فمن تعدى وظاهر لزمه ذلك حسب ما ورد به القرآن، فإن قال: أنتِ عليَّ حرامٌ[١] كأمي- كان مظاهراً، وإن لم يذكر الظَّهْرَ، فقوله: أنت عليَّ كظهر أمي، أو كأمي سواءٌ.

وقال مالك[٢] في كتاب محمد: إذا قال: أنتِ أمي إن فعلتِ كذا وكذا، ففعلتْه[٣]؛ أنه مظاهرٌ[٤]. وهذا لقصد الحالف، ليس بمجرد اللفظ؛ لأن الظهار أن[٥] يجعلها حراماً كأمه، ومقتضى قوله: أنتِ أمي أن تكون الزوجة أُمّاً، وهذا

---

(١) قوله: (حرامٌ) ساقط من (ق١٠).

(٢) قوله: (مالك) ساقط من (ح).

(٣) في (ب) و(ق١٠): ففعله.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٤.

(٥) في (ح): (لم).

مستحيل أن يكون شخصاهما شخصاً[١] واحداً، ولو قال: لا أمسك حتى أمسَّ أمي- لم يكن مظاهراً، قال ابن القاسم في العتبية: فليمسها[٢]، ولا شيء عليه[٣]. ولم يره مظاهراً؛ لأنه لم يلحقها بها في التحريم، ولم يشبهها بها[٤]، ولو أراد بذلك التحريم لكان طلاقاً[٥].

واختلف إذا قال أنتِ أحرم عليَّ من أمي، فقال محمد: هو ظهارٌ[٦]. وقال ابن القاسم في العتبية: هي طالق البتة[٧].

فوجه الأول: أنه ليس في بنات آدم أحرم عليه من أمه[٨]، فلم يلزمه أكثر من الظهار.

ووجه الثاني: أنه لم يعلق التحريم بها، وإنما علقه بغيرها؛ فخرج عن الظهار، وجرى على الحكم فيمن حرم زوجته، ولم يذكر أمه.

واختُلف أيضاً إذا قال: أنت عليَّ حرامٌ مِثْلَ أمي، فقال ابن القاسم: هو ظهارٌ[٩].

وفي مختصر الوقَار: أنها طالق البتة. فإن راجعها بعد زوج- لم يطأها حتى

---

(١) قوله: (شخصاً) ساقط من (ب).

(٢) في (ش١): (فيمسها).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٩٠.

(٤) زاد بعده في (ب) قوله: (في التحريم).

(٥) في (ب) و(ح) (لكانت طالقا).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٢.

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٨٢.

(٨) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (الأم).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٧.

يكفر كفارة الظهار، وهذا جواب من أشكل عليه الأمر؛ هل يكون حكم هذا اللفظ الطلاق أو الظهار / فألزمه إياها.

(ب) ٢٨٤/أ

فإن قال: أنتِ عليَّ كبعض من حَرُمَ عليَّ مِنَ النِّساءِ- كان مظاهراً؛ لأن الأم والأخت ممن حرم عليه من النساء.

واختُلف إذا قال: أنتِ حرامٌ مثل كل شيء حرمه الكتاب[1]، فقال مالك في المبسوط، وابن القاسم في العتبية: هو طلاق الثلاث، بمنزلة الميتة والدم وقال ربيعة: هو ظهار؛ لأن الكتاب حرم عليه أمه والميتة[2].

قال الشيخ رحمه الله: القياس أن يلزماه جميعاً: الطلاق والظهار؛ لأن الكتاب حَرَّمَ عليه أمه والميتة، إلا أن تكون له نية في أحدهما.

فصل

[فيمن تلفظ بالظهار وهو يجهل حكمه]

ومن قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي، وأراد به الطلاق، وهو ممن يجهل حكم الظهار، ويرى أنه طلاق - كان مظاهراً غير مطلق، وفي مثل هذا نزل القرآن، وقد كان الظهار عندهم طلاقاً؛ فأنزل الله عز وجل فيه[3] الكفارة.

واختلف إذا كان عالماً بموجب[4] ذلك، وأراد به الطلاق، فقال ابن عبد الحكم: في كتاب محمد: هو ظهار، ولا يلزمه طلاق[5]. وقال ابن القاسم في

---

(١) في (ق١٠): (حرمه الله في الكتاب).

(٢) قوله: (والميتة) زيادة من (ق١٠). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٠٨.

(٣) قوله: (فيه) زيادة من (ش١).

(٤) في (ح): (بوجه).

(٥) قوله: (ولا يلزمه طلاق) زيادة من (ش١). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩١.

كتاب ابن سحنون: يلزمه طلاق الثلاث، ولا تنفعه نيته إن نوى واحدة[١]. وقال سحنون: له ما نوى[٢]. وهو أحسن؛ لأنه لم يُرِدْ أن يحرمها على نفسه، وإنما ألزم الطلاق بالنية لا باللفظ، وإذا كان ذلك لم يلزمه سوى ما نوى.

واختلف أيضاً إذا قال: أنت عليَّ حرام كأمي، ولم يسمِّ ظَهراً وأراد به الطلاق، فقال في المدونة: يكون طلاقاً[٣]، وذكر سحنون عن غيره أنه يكون ظهاراً.

قال الشيخ رحمه الله: تسميته الظهر وعدمه سواء، ولا حكم لِذِكْرِ الظَّهْرِ، وإنما هو كناية عن الوطء، والمعنى: وطؤك عليَّ حرامٌ كوطء أمي، وإذا كان ذلك فقد تضمنت المسألة لفظاً بالظهار بغير نِيَّةٍ، أو بنية للطلاق[٤] بغير نطق[٥].

وقد اختلف في هذا الأصل؛ فقيل: فيمن كان له عبدان- ناصح ومرزوق- فَدَعَا ناصحاً، فأجابه مرزوق، فقال: أنتَ حرٌّ، فقيل: يعتق ناصح[٦]؛ لأنه هو[٧] الذي نوى[٨]، وهذا موافق للقول بلزوم الطلاق دون الظهار.

وقيل: يعتق مرزوق فإن كان عتق بغير نية وهو موافق للقول بلزوم

(١، ٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩١.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٧.

(٤) في (ش١): (ونية بالطلاق).

(٥) في (ق١٠): لفظ.

(٦) قوله: (ناصح) ساقط من (ق١٠).

(٧) قوله: (هو) ساقط من (ب).

(٨) انظر المسألة في العتق الأول من المدونة: ٢/ ٤٠٧.

الظهار[1]، وقيل: يعتقان جميعاً؛ لأنه حصل في ناصح نية بغير نطق، وفي مرزوق نطق بغير نية، وعلى هذا يلزم[2] الظهار والطلاق. وقيل: لا يعتق واحد منهما؛ لأن النية بانفرادها لا يلزم بها عتق، ولا طلاق، والنطق بغير نية لا يلزم به شيء أيضاً؛ فعلى هذا لا يلزم ظهار ولا طلاق.

فصل

[في اختلاف ألفاظ المظاهر في ظهاره]

لا يخلو المظاهر من أربعة أقسام[3]: إما أن يجعل جملة الزوجة كجملة الأم، أو البعض كالبعض، أو البعض[4] كالجملة، أو الجملة كالبعض، فيقول:

أنت عليَّ كأمي، أو ظهرك عليَّ كظهر أمي، أو رأسك كرأسها[5] أو كبطنها أو فخذها، أو رأسك أو فخذك كأمي، أو أنت كرأسها أو فخذها[6] أو بطنها، وأي ذلك قال وعلق التحريم به كان له حكم الظهار، وهذا إذا نوى تحريم الوطء في ذلك العضو الذي علق به التحريم من الزوجة.

ويختلف إذا نوى تحريم ما سوى الوطء، فقال: قُبْلتك أو ملامستك أو مضاجعتك عليَّ كظهر أمي، فعلى قول مالك- لا ينعقد فيه ظهار؛ لأنه قال في المظاهر: لا يقبِّل ولا يباشر؛ لأن ذلك لا يدعو إلى خير[7]، فجعل منع ذلك

---

(١) قوله: (وقيل: يعتق... بلزوم الظهار) ساقط من (ب).

(٢) في (ب) و(ش١): (يلزمه).

(٣) في (ح): ومن قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي لا يخلو المظاهر من أربعة أقسام.

(٤) قوله: (كالبعض، أو البعض) ساقط من (ب).

(٥) في (ح): (أو رأسك علي كرأس أمي).

(٦) في (ح): (كعجزها).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٦.

حماية؛ خيفة أن يقع في الإصابة، ليس أنه يتعلق به الكفارة.

وقال أصبغ فيمن أخذ في الصيام عن ظهاره ثم قبّل أو باشر: لا شيء عليه. وقال عبد الملك: يفسد صيامه، ويستأنفه. وقاله سحنون، ثم رجع إلى أنه على صومه. فعلى قول عبد الملك- يكون مظاهراً إذا علق بذلك الظهار؛ إذا عم الظهار أو أفرد ذلك بالنية أو النطق، ومن لم يفسد به الصوم لم يجعل ذلك مما يتعلق به الظهار سواء أدخله في الجملة، فقال: أنت عليَّ كظهر أمي، أو أفرده بالنية أو بالنطق، فقال: قُبْلتك أو مباشرتك عليَّ كظهر أمي، بخلاف من حرم الوطء.

فإن قيل: إنما لم يكن داخلاً في قوله: أنت عليَّ كظهر أمي؛ لأن المظاهر لم يقصد ذلك، وأن اللفظ إنما يتضمن الوطء، ولو قصد تحريم ما سواه؛ لانعقد به الظهار. **قيل**: يلزمه على هذا أن تكون له نية إذا حرم الوطء في الفرج خاصة، وأبقى ما سوى ذلك من جسدها- لا يكون حراماً عليه، ولا يدخل في الظهار إلا ما نواه.

باب



في الظهار بالجدّات
والأخوات والأصهار والأجنبيات



الظهار ينعقد بمن سوى الأم من ذوات المحارم؛ كالجدة والخالة والعمة[١] والأخت والابنة وبنت الابن والبنت، كن من النسب أو الرضاعة، واختلف في انعقاده بالأجنبيات وبالذكران أصهاراً[٢] كانوا أو غيرهم[٣]، فأما الأجنبيات فاختلف/ فيهن على خمسة أقوال:

(ب) ٢٨٤/ب

أحدها: أنه ظهار إلا أن يريد به الطلاق.

والثاني: أنه[٤] طلاق إلا أن يريد به الظهار[٥].

والثالث: أنه ظهار وإن أريد به الطلاق[٦].

والرابع: أنه طلاق وإن أراد به الظهار[٧].

والخامس: أنه لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً.

فقال ابن القاسم: إن سمى الظهار كان ظهاراً، فإن قال: أنتِ عليَّ كفلانة كان طلاقاً، قال: لأنه إذا سمَّى الظَّهر علمنا أنه أراد الظِّهار[٨].

---

(١) قوله: (والعمة) زيادة من (ق١٠).

(٢) من هنا يبدأ سقط من (ق١٠) بمقدار لوحة.

(٣) انظر: الإشراف: ٢/ ٧٦٧، والمعونة: ١/ ٦٠٣.

(٤) قوله: (أنه) زيادة من (ح).

(٥) انظر: المعونة: ١/ ٦٠٣.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٧

(٧) انظر: الإشراف: ٢/ ٧٦٩. وانظر تفصيل: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٢.

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٨.

فجعل ذلك إلى إرادته ونيته، وقال سحنون في السليمانية: إن لم يرد به الظهار فهو تحريم. وقال محمد بن المواز: هو ظهار، وإن نوى به الطلاق[١]، قال: وهو قول مالك وأصحابه.

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: هو طلاق، ولا يكون الظهار إلا في ذوات المحارم، وهو الذي نزل فيه القرآن[٢]. وقال مطرف: إذا قال: أنتِ عليَّ كظهر ابني أو غلامي لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً، وإنه لمنكر من القول[٣]. يقول: لا يكون ظهاراً لأنه غير ما نزل فيه القرآن، ولا يكون طلاقاً؛ لأنه لم ينوه، وإنما نوى ما يرى أنه تبقى معه العصمة، وعلى هذا يكون الظهار بالأجنبي غير منعقد؛ لأنه خارج عما نزل فيه القرآن، ولا يكون طلاقاً؛ لأنه لم ينوه، وإنما نوى ما يرى أن العصمة تبقى معه.

واختلف إذا لم يسم الظهر، فقال: كفلانة - على قولين:

فقال ابن القاسم في المدونة: هو طلاق[٤].

وقال أشهب في كتاب محمد: هو ظهار، إلا أن يريد الطلاق. وعلى قول مطرف لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً، فإن قال: كفلانة، وقال: نويت غير الظهار لم يكن مظاهراً قولاً واحداً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٣، وعزاه لابن حبيب.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٨.

فصل

[في الظهار بالأجنبيات]

فإن قال: أنتِ عليَّ كظهر فلانة الأجنبية إن دخلت هذه الدار، ثم تزوج فلانة، ثم دخل الدار -فقال سحنون: لا شيء عليه، ويسقط عنه الحنث لما كانت يوم الدخول زوجة، فأشبه من قال: أنت عليَّ كظهر زوجتي[1]. وقد اختلف في هذا الأصل هل يراعى حالها يوم اليمين أو يوم الحنث؟

وحَمْلُها على حالها يوم اليمين أحسن؛ لأن ذلك مقصده، ولا يحمل عليه[2] أنه أراد غير ذلك إلا أن يقال[3]: إنه لما كان على بِرٍّ في يمينه كان له ألا يفعل، بخلاف من كان على حنث؛ فله وجه. وإذا ظاهر بغير الإناث فقال لها[4]: أنت عليَّ كظهر أبي أو ابني أو صهري أو غلامي- كان عند ابن القاسم مظاهراً[5]. وقال مطرف: لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً، وعلى قول عبد الملك يكون طلاقاً.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٩٢.

(٢) في (ش١): (على).

(٣) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (يقول).

(٤) قوله: (لها) ساقط من (ش١).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٩٨.



باب
في ظهار المجبوب والمعترض والشيخ الفاني والمحرم والصبي والمجنون والنصراني والسكران، والظهار من ملك اليمين.

اختلف في انعقاد الظهار على من لا يصح منه وطء، فقال عليّ بن زياد في كتاب ابن سحنون في المجبوب والمعترض والشيخ الفاني: لا يلزمهم ظهار، قال: لأنهم لا يَصِلُونَ إلى الوطء[١]. وقاله سحنون، ورأى أن القبلة[٢] والمباشرة لا ينعقد بهما ظهار، وهو قول مالك في المدونة؛ لقوله: لأن ذلك لا يدعو إلى خير[٣].

وقد تقدم ذلك، وقول ابن الماجشون أحسن[٤] في ذلك؛ لأنه كالوطء يوجب الابتداء على من أخذ في الصوم، وينعقد على المجبوب وغيره ممن لا يصلح للإصابة[٥].

وظهار المحرم على وجهين، فإن قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي ما دمت محرماً- لم ينعقد عليه ظهار؛ لأنها في تلك الحالة عليه كظهر أمه، وهو بمنزلة من ظاهر، ثم ظاهر[٦]؛ فلا يلزمه الثاني؛ لأنها بالأول عليه حرام كظهر أمه، وإن قال:

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٣.

(٢) في (ب) و(ق١٠): (التقبيل).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٦.

(٤) قوله: (أحسن) ساقط من (ح) و(ش١).

(٥) في (ح): (وغيره ممن لا يصل إلى الإصابة)، وفي (ش١): (وغيره ممن لا يصلح إلى الإصابة).

(٦) قوله: (ثم ظاهر) ساقط من (ح).

أنتِ عليَّ كظهر أمي ولم يقيد، فيقول: ما دمتُ محرماً- لزمه الظهار؛ لأن يمينه مع الإطلاق تتضمن جميع الأزمنة؛ اليوم وما[1] بعده.

فصل

[في ظهار من لا يصح منه الطلاق]

ظهار من لا يصح طلاقه ساقط كالمجنون والصبي والنصراني والسكران وفقيد العقل[2] على اختلاف فيه[3]، ويصح ممن يصح طلاقه، وإن كان ممنوعاً من المال كالسفيه والعبد[4]، ولا خلاف في ذلك، واختلف في صفة دخول الإيلاء والظهار عليهما؛ لعدم الوطء.

فصل

[في الظهار من الزوجات وملك اليمين]

الظهار يصح من الزوجات وملك اليمين، فأما الزوجة فتستوي فيه[5] الحرة والأمة والنصرانية، والصغيرة التي لا يجامع مثلها، والرتقاء والحائض؛ لأن الاستمتاع يصح منهن[6]، وإن تعذر في بعضهن في موضع مخصوص؛ لم يتعذر في سائر الجسد، ويفترق الجواب في ملك اليمين، فينعقد الظهار فيمن يجوز له وطؤها كالأمة؛ يكون جميعها له، وأم الولد والمدبرة.

---

(١) قوله: (ما) زيادة من (ش١).

(٢) قوله: (وفقيد العقل) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٩، والمدونة: ٥/ ٢٩٩.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٥.

(٥) في (ح): (الزوجية فيستوي فيها).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٥.

ولا ينعقد فيمن لا يجوز له[١] وطؤها كالأمة يكون له فيها شِركٌ، والمعتقة إلى أجل والمعتق بعضها؛ لأنهن عليه[٢] حرام [٣]، كظهر أمه قَبل قوله ذلك. وقال سحنون في المكاتبة مثل ذلك: هي كالمعتقة إلى أجل.

وأرى ألا شيء عليه إذا عجزت؛ لأن مقتضى يمينه على[٤] ما كانت عليه ذلك اليوم، إلا أن ينوي: أدت أو عجزت؛ فيلزمه/ ذلك إذا عجزت، وكان بمنزلة من ظاهر من أجنبية، فقال: أنتِ عليَّ كظهرِ أُمِّي اليوم إن تزوجتك؛ فلا يلزمه اليوم، ويلزمه إن تزوجها[٥].

(ب) ٢٨٥/أ

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (عليه) ساقط من (ش١).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٥، والتفريع: ٢/ ٣٩.

(٤) قوله: (على) ساقط من (ش١).

(٥) في (ش١): (إن تزوج). وانظر: المدونة: ٢/ ٣١٦.

باب



في الظهار إلى أجل وإلى قدوم فلان، ومن قال: أَنتِ عليَّ كظهر أمي اليوم إن دخلتِ الدار

الظهار على وجهين: مطلق ومقيد:

فالمطلق: ما لم يعلق بشرط[1] كقوله: أنت عليّ كظهر أمي، لا يزيد على ذلك، وهذا لا ينحل عنه بمرور وقتٍ، ولا يحله إلا الكفارة بعد العودة.

والمقيد: على أربعة أوجه:

أحدها: أن يقول: أنتِ عليَّ كظهر أمي من اليوم إلى شهر أو إلى سنة.

والثاني: أن يقول: إذا مضى شهر أو سنة فأنتِ عليَّ كظهر أمي.

والثالث: أن يعلقه بشرط لا يدري أيكون[2] أو لا يكون، كقوله: إلى قدوم فلان، أو ما أشبهه.

والرابع: أن يجعله يميناً، فيقول: إن كلمت فلاناً[3] أو دخلت دار فلان فأنت عليَّ كظهر أمي، فإن قال: أنتِ عليّ كظهر أمي من الآن إلى شهر أو إلى سنة- كان في المسألة قولان، فقال في المدونة: يلزمه الظهار، وإن خرج ذلك الوقت[4]. يريد: وإن لم يعد قبل ذلك في الأجل.

وروى عنه مطرف في مختصر ما ليس في المختصر أنه قال: لا شيء عليه إذا

---

(١) في (ح): (شرطه).

(٢) قوله: (أيكون) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (فلاناً) ساقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٠.

خرج الأجل قبل أن يعود، وفرَّق بينه وبين الطلاق.

وذكر عن ابن عباس مثل ذلك، وهو أحسن؛ لحديث سلمة[١] بن صخر أنه ظاهر من زوجته[٢] حتى يمضي رمضان، فلما مضى النصف وقع عليها ليلاً، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال له: «أَعْتِقْ رَقَبَةً...» الحديث، وهذا حديث صحيح، رواه الترمذي في جامعه[٣]، فهذا صاحبٌ كان يرى ذلك؛ أن يضرب للظهار أجلاً، وذكر ذلك للنبي ﷺ فلم ينكره عليه، ولو كان الأمر بخلافه لأعلمه النبي ﷺ، وعكسه أن يقول: إذا مضى شهر أو سنة فأنتِ عليَّ كظهر أمي، فإنه يلزمه الظهار من الآن، وعلى قوله الآخر: لا يكون مظاهراً[٤] حتى يأتي ذلك الأجل، وقد اختلف الناس في الطلاق إلى أجل، والظهار أخف[٥].

وقال ابن القاسم في المدونة: إذا قال: أنت عليَّ كظهر أمي إلى قدوم فلان؛ لم يكن مظاهراً حتى يقدم فلان، بمنزلة من قال: أنت طالق إلى قدوم فلان؛ أنها لا تكون طالقاً حتى يقدم[٦].

وقد يفرَّق بين السؤالين: فيلزمه الظهار الآن، ولا يلزمه الطلاق حتى

---

(١) في (ح) و(س) و(ش١): (سليمان).

(٢) في (ح): (امرأته).

(٣) (حسن) أخرجه أبو داود في سننه: ١/ ٦٧٣، في باب الظهار، من كتاب الطلاق، برقم (٢٢١٣)، والترمذي في سننه: ٥/ ٤٠٥، في باب ومن سورة المجادلة، من كتاب تفسير القرآن، برقم (٣٢٩٩)، وابن ماجه في سننه: ١/ ٦٦٥، في باب الظهار، من كتاب الطلاق، برقم (٢٠٦٢)، قال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٤) قوله: (لا يكون مظاهراً) يقابله في (ح): (لا يلزمه).

(٥) نهاية السقط من (ق١٠).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٠.

يقدم؛ لأن (إلى) بابها انتهاء الغاية[١]، فيجب أن تحمل على موضوعها[٢] حتى يقوم الدليل على أنه أريد[٣] بها الشرط، والمفهوم من قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي إلى قدوم فلان- أنها من الآن عليه كظهر أمه حتى يقدم، وأيضاً فإن له وجهاً يقصده الحالف أن يكون مظاهراً ما بينه وبين القدوم، وقد فعله صاحبه، وليس يقصد أحد أن يكون طالقاً الآن وتعود زوجة إذا قدم فلان[٤]، وكذلك قوله: أنتَ حرٌّ إلى قدوم فلان[٥]، ليس القصد أن يكون حرّاً الآن، ثم يعود في الرق بعد قدومه، ويصح أن يريد: أنت عليَّ كظهر أمي من الآن إلى قدوم فلان خاصة[٦]، وإذا كان ذلك- وجب حمله عند عدم النية على ما يوجبه اللفظ، إلا أن يريد غيره.

وإن قال: إذا قدم- لم يلزمه ظهار حتى يقدم، وإن قال: أنت عليَّ كظهر أمي إن دخلت هذه الدار اليوم[٧] أو كلمت فلاناً اليوم، فمضى ذلك اليوم ولم يدخل ولم يكلم- سقط عنه اليمين.

واختلف إذا قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي اليوم إن دخلت الدار أو كلمت فلاناً، فجعله ابن القاسم كالأول لا شيء عليه إذا مضى ذلك[٨] اليوم[٩].

---

(١) في (ح) و(س): (لأن إلى هاهنا غاية).

(٢) في (ق١٠): (موضعها في اللغة)، وفي (ح): (طوعها).

(٣) في (ق١٠): (أراد).

(٤) قوله: (فلان) زيادة في (ق١٠).

(٥) قوله: (فلان) زيادة من (ق١٠).

(٦) قوله: (خاصة) ساقط من (ح).

(٧) قوله: (اليوم) ساقط من (ح).

(٨) قوله: (ذلك) ساقط من (ب) و(ش١).

(٩) في (ق١٠): (الوقت). وانظر: المدونة: ٢/ ٣١٠.

وقاله مالك ومطرف وابن عبد الحكم.

وقال محمد بن عبد الحكم فيمن قال: أنت طالق اليوم إن كلمتُ فلاناً غداً، قال: إن كلمه غداً فلا شيء عليه، وإن كلمه اليوم حنث؛ لأن ذلك الغد مضى وهي زوجة، وقد انقضى وقت وقوع الطلاق، وكان تعليق الطلاق به بعد ذلك في معنى المستحيل، وقيل: يلزمه الحنث، وإن جعل اليوم ظرفاً للظهار والطلاق، وإن وقع الحنث بعد ذلك اليوم، ويلزم على هذا أن يقول: لو تقدم له وطء زوجته بعد يمينه ثم حنث أن يكون عليه الكفارة، وقال ابن القاسم في كتاب الطلاق من كتاب محمد فيمن قال لامرأة[1]: إن تزوجتك فأنت طالق غداً، فإن تزوجها قبل الغد فهي طالق، وإن تزوجها بعد مضي الغد[2] لم تطلق[3].

---

(١) في (ق١٠): (لزوجته).

(٢) في (ب): (العقد).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٢.

باب

فيمن ظاهر من أربع نسوة ظهاراً واحداً أو كرر الظهار على امرأة واحدة



(ب) ٢٨٥/ب

/ اختلف إذا جمع أربع نسوة في ظهار واحد فقال: أنتن عليَّ كظهر أمي إن كلمتكن، فقال في المدونة: عليه ظهار واحد[١]. وذكر[٢] ابن خويز منداد[٣] قولاً آخر أن عليه لكل واحدة كفارة.

واختلف أيضاً إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي عليَّ كظهر أمي، فقال في المدونة: كفارة واحدة تجزئ[٤]، وقال في مختصر ما ليس في المختصر: عليه في كل امرأة يتزوجها الكفارة، وإن قال: من أتزوج منكن أو من دخل الدار منكن أو من كلمتها كان قد أفرد كل واحدة بيمين، وعليه لكل واحدة كفارة.

وقال مالك[٥] في كتاب محمد: إن قال: من أتزوج من النساء فهي عليَّ كظهر أمي عليه كفارة واحدة[٦].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٢.

(٢) في (ش١): (وقال).

(٣) هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد، الإمام العالم المتكلم، الفقيه، الأصولي، أخذ عن أبي بكر الأبهري، يروي عن أبي داسة، وأبي الحسن التمار، وأبي الحسن المصيصي، وأبي إسحاق التجيبي، وأبي العباس الأصم، ألّف كتابًا كبيرًا في الخلاف وكتابا في أصول الفقه، وكتابا في أحكام القرآن. قال عياض: له اختيارات وتأويلات على المذهب في الفقه، والأصول، لم يرجع عليها حذاق المذهب. لم يذكر وفاته، ولم أقف عليها. انظر: ترتيب المدارك: ٢/ ٢١٧، وشجرة النور الزكية: ١/ ١٠٣، والفكر السامي: ٣/ ١١٩

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣١١.

(٥) قوله: (مالك) ساقط من (ب) و(ش١).

(٦) قوله: (واحدة) ساقط من (ب). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٥، ٢٩٦.

والقياس في هذا أن يكون عليه في كل واحدة كفارة؛ لأنه قد أفرد بقوله من[١]، وكذلك إذا قال: أيتكن تزوجت أو كلمت أو دخلت كان قد أفرد كل واحدة بيمين فلم ير مالك عليه في القول الأول إذا قال: أنتن[٢] إلا كفارة واحدة؛ لأن العتق كفارة عن القول، قال ابن الماجشون في كتابه: إنما هي الكلمة الواحدة لقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾، فرأى مرة أن الطلاق كان[٣] عندهم بالظهار، فقد كانت كل واحدة تطلق بتلك الكلمة، فجعل الكفارة عوضاً عن الطلاق.

واختلف إذا قال: إن دخلتن فدخلت الدار[٤] واحدة منهن، فقال[٥] ابن القاسم: لا شيء عليه حتى يدخل جميعهن، وقيل: يحنث فيهن جميعاً بدخول واحدة، ويوقف عنهنَّ، وقال[٦] أشهب: يحنث فيمن دخلت خاصة، ولا شيء عليه في الأخرى حتى تدخل، فجعل لكل واحدة ظهاراً وكفارة لكل واحدة.

فصل

[في تكرار الظهار على المرأة الواحدة]

تكرار الظهار على المرأة الواحدة على أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون ذلك مجرَّداً من اليمين كقوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي، أنتِ

---

(١) قوله: (من) ساقط من (ح).

(٢) في (ب) و(ش١): (أيتكن).

(٣) قوله: (كان) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (الدار) زيادة من (ش١).

(٥) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (فقول).

(٦) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (وقول).

عليَّ كظهر أمي.

والثاني: أن يعلق ذلك فيها بيمين، فيقول: إن دخلتِ الدار فأنت عليّ كظهر أمي[١]، ثم يقول بعد ذلك[٢]: إن لبست هذا[٣] الثوب فأنت عليَّ كظهر أمي.

والثالث: أن يكون الأول مجرداً عن اليمين[٤]، والثاني معلقاً بيمين.

والرابع: أن يكون الأول معلقاً بيمين، والآخر مجرداً من اليمين.

فإن كرر ذلك بغير يمين كان ظهاراً واحداً، وكفارة واحدة، وصار في قوله الثاني كالواصف لها[٥]؛ لأنها بأول مرة هي عليه كظهر أمه، إلا أن يكون قوله الثاني على وجه التزام الكفارة فيلزمه، ولا[٦] يكون له حكم الظهار، فإن نوى العودة وكفَّر عن الأول جاز له الوطء[٧]، وإن لم يكفر عن الثاني، وإن علق الظهار بيمينين[٨]، فقال: إن دخلت الدار، ثم قال: إن لبست هذا الثوب، فحنث في إحداهما ونوى العودة، وكفَّر ثم حنث في الأخرى كان عليه كفارة أخرى إذا نوى العودة[٩].

---

(١) قوله: (أمي) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (بعد ذلك) ساقط من (ق١٠).

(٣) قوله: (هذا) ساقط من (ب) و(ش١).

(٤) قوله: (عن اليمين) ساقط من (ح).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣١١، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٤، والإشراف: ٢/ ٧٧١.

(٦) في (ق١٠): (ألا).

(٧) قوله: (الوطء) ساقط من (ح).

(٨) في (ب): (الظهارين بيمين)، وفي (ح): (الظهار بيمين).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٢.

واختلف إذا لم يكفر حتى حنث[1] في اليمين الأخرى، فقال المخزومي وعبد الملك بن الماجشون: كفارة واحدة تجزئه، وظاهر قول ابن القاسم في المدونة أن عليه لكل يمين كفارة، ومثله إذا لم يكفر عن يمينه حتى أوقع الظهار مجرداً من اليمين، فعلى القول الأول، عليه كفارة واحدة، وقال ابن المواز[2]: عليه كفارتان[3].

وإن كان الأول ظهاراً مجرداً ثم حلف فحنث قبل أن يكفر عن الأول، كان عليه كفارتان على قول محمد، وعلى قول المخزومي: كفارة واحدة عن الأول، وفرق أصبغ في المستخرجة إذا كان ظهاران أحدهما بيمين والآخر بغير يمين، فإن تقدم ما كان بيمين وحنث[4] ثم أردف ظهاراً مجرداً من اليمين كان عليه كفارة واحدة، وإن تقدم ظهار بغير يمين ثم حلف فحنث كان عليه كفارتان، فقال مالك[5] فيمن ظاهر بيمين فحنث وابتدأ الصيام فلما صام أياماً ظاهر منها بغير يمين، ابتدأ الصوم عن الظِّهارين وسقط ما مضى منه، وإن جرد الظهار من اليمين الأول وابتدأ الكفارة عن الثاني[6] ثم ظاهر بيمين فحنث أتم الأول، وابتدأ الصيام عن الثاني، قال: هذا خلاف الأول، قال[7]: لأن هذا وجب عليه بالحنث، ولم يكن هو أدخله على نفسه ابتداء فيكون تأكيداً للأول، فعليه كفارتان[8].

---

(١) في (ب): (دخلت).

(٢) في (ش١): (ابن الماجشون).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٤.

(٤) قوله: (وحنث) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (مالك) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (عن الثاني) زيادة من (ش١).

(٧) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

(٨) انظر: النوادر والزيادت: ٥/ ٢٩٤.




باب
فيمن أوقع الطلاق والظهار معاً

ومن قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، وهي عليَّ كظهر أمي فتزوجها، لزماه جميعاً: الطلاق والظهار.

وكذلك إذا قال ذلك في مجلسين وبدأ بالطلاق أو بالظهار؛ لأن اليمين الأول لم تقع على زوجته ولم توجب طلاقاً، وإنها هي معلقة بما يتزوج في المستقبل، فإذا تزوج وقعا معاً[1]، ولا يقال أن أحدهما سبق الآخر، ولو قال[2] ذلك في زوجة في عصمته لم يدخل بها، وابتدأ بالطلاق، فقال: أنتِ طالق وأنتِ عليَّ كظهر أمي لزمه الطلاق دون الظهار، وفرق بين ذلك، وبين قوله أنتِ طالق، وأنتِ / طالق، فقال: يلزمه تطليقتان، وإن كانت الطلقة[3] الثانية عطفت على مطلقة بانت[4]، ولو كانت مدخولاً بها فقال لها: أنتِ طالقٌ، وأنت عليَّ كظهر أمي، لزماه جميعاً لأنَّ الظهار ينعقد لو انفرد على المطلقة طلاقاً رجعيّاً، ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً وأنتِ عليَّ كظهر أمي[5] لزمه الطلاق دون الظهار[6]، وكانت كالتي لم يدخل بها إلا أن يقدم الظهار في السؤالين جميعاً، فيلزمه الطلاق والظهار.

(ب) ٢٨٦/أ

---

(١) من هنا يبدأ سقط من (ق١٠) بمقدار لوحة.

(٢) في (ح): (كان).

(٣) في (ح): (التطليقة).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٥، ٣١٦.

(٥) قوله: (لزماه جميعاً لأنَّ الظهار... وأنتِ عليَّ كظهر أمي) ساقط من (ب).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٦.

وقوله في الظهار بعد الطلاق حسن لقول الله سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾ [المجادلة: ٢]، وهذه بنفس الطلاق قد خرجت من أن تكون من نسائهم وصارت بنفس الطلاق عليه كظهر أمه، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب إذا قال: أنت طالق وأنت طالق[1]؛ لأنها قد خرجت من العصمة بنفس الطلاق الأول، ووقعت الثانية على غير زوجة، وإلى هذا ذهب إسماعيل القاضي.

ولو علق ذلك بالتي في عصمته بيمين، فقال: إن دخلتُ الدار فأنتِ طالقٌ، وأنتِ عليَّ كظهر أمي، ثم دخل لزمه الطلاق والظهار، وكذلك لو قال: أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدار، ثم قال بعد شهر: أنتِ عليَّ كظهر أمي إن دخلتِ الدار أو[2] كلمتِ فلاناً؛ لأن اليمين بالظهار وقعت، والزوجة في العصمة، فلزماه جميعاً، وإن لم يكن دخل بها.

---

(١) في (ش١): (إذا قال: أنت طالق، وأنت طالق، وأنت طالق)، وفي (ب): (إذا قال: أنت طالق).

(٢) في (ح): (وإن).

باب



فيمن ظاهر وآلى أو آلى بالظهار أو حلف بالظهار ليفعلن



وإذا آلى وظاهر فقال: والله لا أطؤك وأنتِ عليَّ كظهر أمي، كان للزوجة أن توقفه عند مضي الأربعة أشهر من يوم قال(١).

ويختلف فيما يلزمه حينئذ على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه مخاطب حينئذ بالإيلاء خاصة، فإن كفر كفارة الإيلاء سقط مقالتها، ثم يضرب الأجل للظهار(٢).

والثاني: أنه مخاطب بالكفارتين جميعاً، كفارة الإيلاء وكفارة الظهار.

والثالث: أنه مخاطب بكفارة الظهار، ثم بالإصابة لا يجزئه غير ذلك، لأنه قد اجتمع إيلاء وظهار.

وقد اختلف في حكم كل واحد منهما(٣) بانفراده، فقيل في الإيلاء: يسقط بالكفارة(٤)، وقيل: لا يسقط إلا بالإصابة، وقيل: في الظهار إن الأجل من بعد الرفع، وقيل: من(٥) يوم ظاهر كالإيلاء(٦).

ثم يختلف هل يسقط حكمه بالكفارة أو الإصابة بعد ذلك، فعلى القول

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٧.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٧.

(٣) قوله: (منهما) ساقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٨.

(٥) قوله: (من) ساقط من (ح).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٨.

أن الإيلاء يسقط حكمه[1] بالكفارة، وأن الأجل في الظهار من بعد الرفع يجزئه إذا أخرج كفارة الإيلاء، ولا شيء عليه إلا أن يقوم بالظهار فيضرب له الأجل، وعلى القول إن الأجل[2] من يوم ظاهر يكون لها أن تقوم بإخراج الكفارتين جميعاً، وعلى القول أنه مخاطب في الإيلاء بالإصابة يلزم بإخراج كفارة الظهار، ثم بالإصابة وهو أحسن؛ لأن الزوجة لها حق في الإيلاء بالإصابة[3] فعليه أن يرفع كل شيءٍ يمنع منه.

فصل

[في حكم الإيلاء والظهار]

وقال ابن القاسم فيمن قال: إن قربتكِ فأنتِ عليَّ كظهر أمي، إنه مولٍ حين تكلم بذلك، فإن وطئ سقط الإيلاء ولزمه الظهار[4]، وقد اختلف في الوجهين جميعاً في انعقاد الإيلاء، وفي إباحة الوطء[5]، فقال مرة فيمن حلف ألا يطأ بعتق ما يملكه ليس بمولٍ؛ لأنه إن وطئ لم يكن عليه عتق، فعلى هذا لا يكون مولياً حتى يصيب فينعقد عليه اليمين.

واختلف في الوطء على أربعة أقوال؛ فقيل: يمنع الوطء جملة؛ لأن مغيب الحشفة يوجب الحنث والنزع[6] وطء ممن وقع عليه الظهار، وقيل: له مغيب

---

(١) قوله: (حكمه) زيادة من (ش١).

(٢) في (ش١): (الظهار).

(٣) قوله: (يلزم بإخراج كفارة... في الإيلاء بالإصابة) ساقط من (ح) و(ش١).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٧.

(٥) قوله: (وفي إباحة الوطء) يقابله في (ش١): (وفي انعقاد الظهار).

(٦) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (والنزوع).

الحشفة، ثم ينزع لأنَّ النزع[1] ليس بوطء عنده، ولو نزع بعد طلوع الفجر لم يكن مفطراً، وقيل: يطأ ولا ينزل. وقيل: ذلك له، وإن أنزل فقال محمد: يمنع من الإصابة[2].

وقال مطرف في الثمانية: يجوز من ذلك ما يوجب الغسل. وظاهر المدونة أن له الإصابة التامة، ثم ينعقد عليه الظهار، ولا تلزمه الكفارة إلا أن يطأ بعد ذلك[3]، وقيل في الحالف بطلاق البتة: إن وطئ زوجته إن له أن يصيبها وينزل ثم يحنث[4]، فعلى هذا يكون له أن ينزل ثم ينعقد عليه الظهار، واختلف بعد القول إنه يمنع منها، هل يعجل الطلاق، ففي كتاب محمد قولان: أحدهما: أنه يعجل عليه الطلقة؛ إذ لا بدَّ له من الطلاق، والآخر: أنه يصبر[5] عليه حتى تتم[6] الأربعة أشهر فتطلق عليه، قال: ولا رجعة له غير أنهما يتوارثان[7].

يريد[8]: لأن الأصل في الطلقة الواحدة إذا كانت بعد البناء وليست على وجه الفداء أن فيها الرجعة والميراث، فامتنعت الرجعة هاهنا لحق الزوجة؛ لأن الرجعة ليصيب، وهذا/ ممنوع من الإصابة، فإن رضيت الزوجة جاز، وكانت رجعة على الصحيح من المذهب.

(ب)
٢٨٦/ب

---

(١) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (النزوع).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٥.
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٧.
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٦.
(٥) في (ح): (ينتظر).
(٦) في (ح): (يتم له).
(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٥.
(٨) قوله: (يريد) يقابله في (ح): (بذلك).

ولا أرى لها في العدة نفقة إذا كانت غير ممكنة من الرجعة، فكذلك إذا رضيت على القول إنه لا يجوز رضاها في ذلك، وإن الرجعة لا تصح.

وقد اختلف في النفقة مع بقاء الزوجية إذا نشزت هل لها نفقة؟ فهو في هذا أبين، وقال محمد فيمن قال: إن لم أكلم فلاناً فأنت علي كظهر أمي، ولم يضرب أجلاً، قال: هذا مما ليس له تعجيل الكفارة، ولا الحنث، فلا يطأ؛ لأنَّ موت المحلوف عليه يوجب الكفارة بمنزلة أن لو ضرب أجلاً فإن كفر قبله[1] لم يجزئه.

فجاوب في هذا على أصله أن حياة المحلوف عليه كالأجل، وعلى القول الآخر إنه ليس كالأجل يكون له أن يلزم الحنث ثم ينوي العودة إن أحب ويكفر.

(١) قوله: (قبله) ساقط من (ب).




باب
في دخول الإيلاء على الظهار

يدخل الإيلاء على الظهار؛ لأن الظهار يمنع الوطء، فلها أن تقوم بحقها في ذلك كما تقدم إذا آلى، والأجل فيه أربعة أشهر كأجل الإيلاء.

وقد اختلف عن مالك هل الأجل من يوم ظاهر أو من يوم ترفعه، والأول أحسن؛ لأن المظاهر قاصد إلى تحريم الوطء، ومعنى الظهار: أنَّ وطأَكِ عليَّ حرامٌ كوطء أمي، والمولي قاصد إلى[1] الامتناع باليمين، وليس بمنزلة من حلف بالطلاق ليفعلن، فإن الأجل من يوم رفعه؛ لأنه لم يقصد الامتناع من الوطء، ولعل الحالف بالطلاق ليفعلن جاهلاً[2] لا يعلم أن يمينه[3] يمنعه من أهله، ولأنه لو وطئ ما حنث في الطلاق.

فصل
[في دخول الإيلاء على المظاهر]

الإيلاء يدخل على المظاهر إذا كان قادراً على إسقاط الظهار بإحدى الكفارات الثلاث[4] التي ذكر الله عزَّ وجلَّ، فإن كان معسراً وعاجزاً عن الصوم وكان العجز والعسر أمراً طرأ بعد عقد الظهار لم يدخل عليه إيلاء، وإن كانت تلك حاله حين ظاهر دخل عليه الإيلاء؛ لأن الظهار تحريم

---

(١) قوله: (إلى) ساقط من (ح).

(٢) في (ب) و(ش١): (عاصياً).

(٣) قوله: (يمينه) ساقط من (ش١).

(٤) نهاية السقط من (ق١٠).

الوطء[١]، فإذا عقده[٢] على نفسه مع علمه أنه عاجز عن حله كان قد قصد الضرر بنفس الظهار، ثم يختلف هل يطلق عليه الآن أو يؤخر إلى انقضاء أجل الإيلاء رجاءَ أن يحدث له رأي في ترك القيام[٣]، وإلى هذا يرد ما في الرواية في ظهار المعسر.

وإذا كان ذلك طارئاً بعد الظهار لم يدخل عليه إيلاء، ولم يطلق عليه عند الأربعة أشهر، وإن للزوجة القيامَ بالفراق إذا تطاول عجزه عن إحدى الكفارات الثلاث، قال مالك في كتاب محمد: إذا لم يتبين ضرره فلا يوقف إلا[٤] أن يتطاول[٥].

فجعل لها القيام حينئذٍ لما كان هو سبب الامتناع[٦] بخلاف من دخل الامتناع عليه بالجباب والخصاء أو علة منعت ذلك منه؛ لأنه لا سبب له فيه، والظهار له فيه سبب.

وقد قال مالك فيمن قُطع ذكره بعد البناء إن لزوجته أن تقوم بالفراق، فالمظاهر أولى، وإذا كان عاجزاً عن العتق وقادراً على الصيام كان عليه أن يقدم الصوم قبل انقضاء الأربعة الأشهر فلا ينقضي الأجل إلا وقد وفّى به، وحلّت له الزوجة ويبين ذلك للزوج إذا كان ممن يجهل ذلك[٧] الحكم، فإذا قامت

---

(١) في (ق١٠): (يحرم بالوطء).

(٢) في (ش١): (عقد).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٧.

(٤) في (ق١٠): (إلى).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٢.

(٦) في (ش١): (ما كان الامتناع سببه).

(٧) قوله: (ذلك) زيادة من (ش١).

الزوجة وضرب له الأجل، قيل له: عليك أن تقدم الصوم بمدة فلا يأتي الأجل إلا وقد حلت الزوجة، وكذلك الجواب على القول أن الأجل من يوم ظاهر يؤمر بمثل ذلك.

واختلف إذا انقضت الأربعة الأشهر ولم يصم هل تطلق عليه أو يصبر عليه ليصوم؟ فقال ابن القاسم: يكون لها أن توقفه[١]، قال سحنون: وروى غيره أن وقفه لا يكون إلا من بعد[٢] ضرب السلطان الأجل[٣].

وقال ابن القاسم أيضاً: إذا قال بعد مضي الأربعة أشهر: دعوني أصوم شهرين إنه يؤخر[٤].

والقول الأول أحسن، ولا يزاد في الأجل فوق ما جعل الله عز وجل له[٥] إلا أن يكون الزوج ممن يجهل الحكم ولم يبين[٦] له، فقد يعذر.

وقال عبد الملك بن الماجشون في كتابه: إن ابتدأ صوم الشهرين بعد ضرب السلطان الأجل بما[٧] قد تنقضي الأربعة الأشهر[٨]، ويبقى عليه من صومه إنه يطلق عليه، فإن انقضى الصوم وهي في العدة كان له أن يرتجع، وإن ارتجع[٩] قبل انقضاء الصوم ثم انقضى الصوم، ....

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٨.

(٢) قوله: (بعد) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٨.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٨، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٠.

(٥) قوله: (عز وجل له) ساقط من (ب).

(٦) في (ش١): (يتبين).

(٧) في (ق١٠): (بقدر ما).

(٨) قوله: (الأشهر) زيادة من (ش١).

(٩) قوله: (وإن ارتجع) ساقط من (ح).

وهي في العدة[١] كانت رجعته رجعة صحيحة[٢]، قال: ولو ابتدأ الشهرين في الأربعة عندما ضربت له[٣] فمرض حتى صار لا يتم له في الأربعة لم يطلق عليه، وإن كان توانى وأفطر لغير عذر طلق عليه[٤]، وليس قوله في[٥] هذا الآخر بالبين؛ لأنه يقول لم يكن علي أن أبتدئ الصوم في أول الأربعة ولي أن أؤخر وأبتدئ بعد مضي شهرين؛ لأنها مدة أقدر على الفيء فيها.

ويختلف إذا كان ممن يقدر على العتق والإطعام[٦]، فقال عند مضي الأربعة: دعوني حتى أعتق أو أطعم، فقالت/ الزوجة: لا أؤخره. قال محمد في هذا الأصل: لا يؤخر ولا يزاد في أجل الإيلاء ولا يؤخر[٧].

(ب) ٢٨٧/أ

---

(١) قوله: (كان له أن... وهي في العدة) ساقط من (ق١٠).

(٢) قوله: (صحيحة) ساقط من (ق١٠) و(ش١).

(٣) قوله: (عندما ضربت له) يقابله في (ح): (عند أول ما ضرب له الأجل).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٢.

(٥) قوله: (قوله في) ساقط من (ح).

(٦) في (ش١): (أو الإطعام).

(٧) في (ب) و(ش١) و(ق١٠): (ولا يلوم).

باب



فيمن ظاهر وهو معسر فأيسر



أو دخل في الصوم وهو معسر ثم أيسر

من ظاهر وهو موسر فأعسر أو معسر فأيسر، أو صحيح فمرض أو مريض فصح لم ينظر إلى حاله يوم ظاهر، واختلف هل ينظر إلى حاله يوم العودة أو يوم يَكَفِّر؟ فالظاهر من قول مالك أن ينظر إلى حاله يوم يكفر[١]، فإن كان اليوم الأول يوم العودة موسراً بالعتق ثم أعسر كان له في[٢] اليوم[٣] أن يصوم، وإن كان عاجزاً عن الصوم[٤] ولا يقدر على العتق كان له أن يطعم.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إن كان موسراً بالعتق فلم يعتق حتى أعسر فصام ثم أيسر فليعتق، وإن كان صام قال: ولم أسمعه[٥]. فرأى أن الكفارة على الفور فما كان مخاطباً به لو عجله[٦] لم ينتقل[٧] حكمه بتراخيه، وهذا يصح على أحد أقوال مالك إن الكفارة تلزمه بالعودة، وإن طلق أو مات، ويلزم ابن القاسم أن يقول: إذا كان معسراً فأيسر إن له أن يصوم إلا أن يحب أن يعتق ويأتي بما هو أفضل، وإن كان مريضاً فصح وهو عاجز عن العتق إن له أن يطعم إلا أن يحب أن يصوم.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٩.

(٢) قوله: (في) زيادة من (ش١).

(٣) قوله: (اليوم) ساقط من (ق١٠).

(٤) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (وإن كان صحيحاً فمرض).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٥.

(٦) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (عجل).

(٧) في (ق١٠): (يبلغه).

وأحسن ذلك أن يقال: إنها على الوقف لا على الفور، ولا على التراخي، وأن تكون معلقة بالوقت الذي يريد فيه المسيس؛ لقول الله سبحانه: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣].

فإذا أحب المسيس[١] كفّر على أن يكون من حاله حينئذ أراد تعجيل الوطء أو تأخيره، ولو أصاب قبل الكفارة، وبعد أن نوى العودة وجب عليه أن يعجل الكفارة حينئذ، ولا يؤخرها؛ لأنها وجبت عليه قبل ذلك، ولو بساعة، فإن هو أخّرها بعد ذلك حتى انتقل حاله كان مخاطباً الآن بما كان مخاطباً به وقت أحب المسيس، ولا يراعى ما انتقل إليه حاله مما هو أعلى في الكفارات أو أدنى، قال القاضي أبو الحسن[٢] ابن القصار: الاعتبار عند مالك في الكفارة وقت الأداء، وللشافعي ثلاثة أقوال:

أحدها: أن العتق قد تقرر في ذمته؛ لأنه عاد وهو موسر فلا ينتقل إلى الصيام إذا أعسر، فإذا عاد وهو معسر فقد تقرر[٣] الصيام في ذمته، فإن أيسر لم يلزمه العتق، فإن أعتق أجزأه، **وقول آخر** مثل قولنا، وهو[٤] قول أبي حنيفة: يعتبر وقت التكفير، **والقول الثالث**: يعتبر أغلظ أحواله[٥].

---

(١) قوله: (لقول الله سبحانه: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾. فإذا أحب المسيس) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (القاضي أبو الحسن) ساقط من (ش١).

(٣) في (ب): (تعذر).

(٤) قوله: (هو) زيادة من (ش١).

(٥) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٢٨٣ و١٢٨٤.



باب
في ظهار السفيه والعبد



وإذا ظاهر السفيه وهو موسر بالعتق عاجز عن الصيام كان الأمر إلى وليه، فإن رأى أن العتق خير له من الطلاق أمره بالعودة، وأعتق عنه، وإن لم ير ذلك لأن العتق يجحف بماله أو لأنه ممن يتكرر منه اليمين بالظهار أو يكون مِطْلاقاً[1]، فإن أعتق عنه طلق هو[2] بعد ذلك- لم يعتق عنه، وكان للزوجة أن تقوم بالطلاق، إذا مضت أربعة أشهر، وقيل: يطلق عليه[3] من غير أجل لأن الصبر إلى تمام الأجل لا يعيد، بمنزلة من قال: إن وطئتك فأنت طالق البتة[4].

واختلف إذا امتنع من[5] العتق وكان قادراً على الصوم، فقيل: لا يصح منه الصوم؛ لأنه موسر، وقيل: له أن يصوم لأنه في معنى المعسر لمَّا حيل بينه وبين ماله مع حاجته إلى أهله، والأول أحسن؛ لأنه موسر، والمنع من العتق نظر له، وإمساك عليه.

فصل
[في ظهار العبد وما يصح أن يكفر به]

وظهارُ العبد لازمٌ، ولا يصح منه العتق، وإن كان موسراً؛ لأنَّ الولاء لسيده[6]، ويلزمه الصوم إذا كان قادراً عليه، ولا يضر بسيده.

---

(١) في (ش١): (مطلقاً).

(٢) قوله: (هو) زيادة من (ش١).

(٣) من هنا سقط بمقدار لوحة (ق١٠).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٩.

(٥) قوله: (من) ساقط من (ح).

(٦) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (للسيد)، وانظر: المدونة: ٢/ ٣٢٠.

واختلف إذا كان مضراً به، فقال ابن القاسم: للسيد أن يمنعه[١]، وقال ابن الماجشون وأصبغ وابن شهاب ويحيى بن سعيد في كتاب ابن حبيب: ليس له أن يمنعه[٢].

واختلف بعد القول إن له منعه إذا منعه من الصوم وأذن له في[٣] الإطعام، فقال محمد: يجزئه. وأصوب ذلك أن يكفر بالصيام، وقيل: لا يجزئه الإطعام؛ وهو[٤] قادر على الصيام.

واختلف إذا كان عاجزاً عن الصوم وأذن له في الإطعام، فقال ابن القاسم: يجزئه[٥].

وقال ابن الماجشون في المبسوط: لا يجزئه؛ لأن الصدقة إنما تخرج إلى من يعطاها، وفيها ملك السيد بعد ما أذن[٦]، ولو شاء رجع فيها، وقول ابن القاسم في منع الصوم إذا كان مضراً به أحسن؛ لأن العبد أدخل على نفسه ما منعه من الإصابة باختيار منه، فليس له أن يَحُلَّ ذلك بما يضر بسيده، والقول إذا منع من الصوم لأجل الضرر أن يجزئه الإطعام أصوب؛ بخلاف السفيه يمنع من العتق فإنه لا يجزئه الصوم؛ لأن منع السفيه من العتق لحقّه ونظر له، ومنع العبد من الصوم لحق سيده، والمنع مستحق عليه بالملك، وإذا كان ذلك ملكاً لغيره/ لم يكن مستطيعاً، وجاز له أن ينتقل إلى الإطعام، وإذا مكّنه السيد

(ب) ٢٨٧/ب

(١) انظر: المدونة: ١/ ٤٨٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٣٦١.

(٣) قوله: (إذا منعه من الصوم وأذن له في) ساقط من (ش١).

(٤) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (لأنه).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٠.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٠.

من الإطعام أجزأه؛ لأنه مالك حتى ينتزعه السيد، ولو قدرنا أنه ملك مترقب لم أر للسيد أن يرجع في ذلك الإذن، ولا أن ينتزع الكفارة لما تعلق للعبد فيها من الحقِّ، ولو جاز ذلك لكان القول إنه جائز أحسن؛ لأنَّ أدنى مراتبه أن يكون بمنزلة من أُطعم أو أُعتق عنه، فإن منعه السيد من الصوم والإطعام كان للزوجة أن تقوم بالطلاق لحقها في الإصابة، فإن كان العبد عالماً أنَّ لسيده منعه من الصوم كان ذلك أبين في الطلاق عليه؛ لأنه أدخل نفسه في المنع مختاراً مع علمه أن جُلَّ ذلك ليس إليه[1].

ثم يختلف هل تطلق عليه إذا قامت أو بعد أربعة أشهر؛ ففي السليمانية: إذا حلف بعتق ما يتباعد إلى عشرين سنة ثم وقع عليه ظهار إن كانت عنده رقبة أعتقها، وإن لم تكن عنده فهو كمن لم يجد رقبة. يريد: أنه يجزئه الصوم مثل أحد القولين في السفيه، وعلى القول الآخر لا يجزئه لأنه موسر.

والمنع لأجل يمينه لا لعسر، وهو أحسن.

---

(١) في (ح): (لسيده).

باب



فيمن ظاهر من امرأته ثم طلقها أو كانت الزوجة أمةً فاشتراها



ومن ظاهر من زوجته بغير يمين ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج- عادت على حكم الظهار[١]، ولو كانت الزوجة أمة فظاهر منها ثم طلقها ثم اشتراها، أو اشتراها وهي زوجة فانفسخ النكاح بالشراء كانت على حكم الظهار لا تحل حتى ينوي العودة، ثم يكفّر عن ظهاره[٢].

ولو حلف بالظهار فحنث ثم طلق أو اشترى فكذلك يعود على حكم الظهار[٣]، فإن لم يحنث حتى طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج لم يكن عليه ظهار، فإن طلقها واحدة ثم ارتجعها أو تزوجها بعد أن[٤] انقضت العدة لم تسقط يمينه حتى يحنث، وهي عنده، وإن اشتراها بعد طلقة ثم حنث وهي في ملكه لم يكن مظاهراً؛ لأن العصمة التي حلف فيها زالت، وعكسه أن يحلف بظهار أمته فلم يحنث حتى باعها ثم تزوجها ثم حنث وهي زوجة له لم يلزمه ظهار؛ لأنَّ الملك الذي حلف فيه قد ذهب، ولا يضاف ملك إلى نكاح أيهما تقدم، وإن حلف وهي في ملك له ثم باعها ثم عادت إليه بمِلك، فإن عادت إليه بميراث ثم حنث لم يكن مظاهراً، وإن عادت بشراء جرى على قولين، فقول مالك وابن القاسم يكون مظاهراً، وكأنه مِلك واحد[٥]، وعلى قول ابن

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣١، ٣٤٩.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٤، ٣١٥.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٩.

(٤) قوله: (بعد أن) يقابله في (ح): (ثم).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ١٢٦. والمدونة: ٢/ ٣٩٣.

بكير لا يكون مظاهراً، فإن كان نكاحان وبينهما ملك حلف وهي زوجة فلم يحنث حتى طلق ثم اشتراها ثم باعها ثم تزوجها- عادت على العصمة الأولى، فإن حنث كان مظاهراً، وإن كانا ملكين بينهما نكاح لم يبن ملك الثاني على الأول؛ لأن النكاح الذي بينهما صحح البيع الأول، ورفع التهمة، ويصير كالميراث؛ لأنه إذا حلف ثم باع ثم اشترى اتهم أن يكون أظهر البيع وكانت ذريعة.

وإذا تزوجها بعد البيع لم يسقط حكم النكاح، وإذا صح النكاح ارتفعت التهمة من البيع الأول، وإن حلف وهي زوجة ثم اشتراها فانفسخ النكاح ثم باعها ثم تزوجها ثم[1] حنث لم يكن مظاهراً؛ لأن العصمة الأولى زالت، وهذا نكاح مبتدأ بمنزلة من قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم اشتراها فانفسخ النكاح، ثم باعها ثم تزوجها ثم دخل[2] - لم يطلق عليه؛ لأن العصمة التي حلف بها زالت، وهذا نكاح مبتدأ ولم يحنث بالطلاق وأوقع عليها طلقة إن كان قد بقي له فيها تطليقتان.

---

(١) قوله: (ثم) ساقط من (ح).

(٢) قوله: (ثم دخل) ساقط من (ش١).




باب
في عودة المظاهر وبماذا يكون عائداً

واختلف في الكفارة هل تجب بالعودة أو تصح ولا تجب؟ واختلف في العودة ما هي؟ فقال في المدونة: العودة إرادة الوطء والإجماع عليه[١]، وقال مرة: الوطء نفسه[٢]، وقال أيضاً: الإجماع على الإمساك والوطء[٣]، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والطحاوي: إذا وطئها قبل الكفارة ثم مات أو ماتت فلا كفارة عليه، وإن كان قد أتى محرماً في وطئها قبل الكفارة، وكذلك لو وطئها مراراً، ولا يجوز أن يطأ إلا بعد الكفارة، وذكره ابن القصار عن الليث، وقال الشافعي: هو أن يمسكها بعد القدرة على طلاقها، وقال داود: إعادة القول[٤].

وقال مجاهد والثوري: تجب الكفارة بمجرد القول بالظهار[٥].

(ب) ٢٨٨/أ

ووجه / هذا القول أن يقول: إن الظهار محرم بعد نزول الآية؛ فقد عفا الله عزَّ وجلَّ عمن قال ذلك قبل تحريمه، فمن تعدى وعاد فقال ذلك بعد العلم بأنه محرم كانت عليه الكفارة عن ذلك القول الذي هو منكر وزور، ووجه القول أنه يعود بإعادة القول أنه عفا الله عمن[٦] قال ذلك مرة، فإن عاد فقال ذلك مرة أخرى كانت الكفارة[٧]، وذهب مالك إلى أن الكفارة ليست للقول،

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢١.

(٢) انظر: التفريع: ٢/ ٣٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٧.

(٤) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٢٧٢ و١٢٧٣.

(٥) في (ب): (بمجرد الظهار)، وانظر: عيون المجالس: ٣/ ١٢٦٩.

(٦) هنا نهاية السقط من (ق١٠).

(٧) قوله: (عن ذلك القول الذي هو منكر وزور... الكفارة) ساقط من (ش١).

وإنما هي لمضمونه، والمراد به، وقد كان المراد به في أول الإسلام الطلاق، فالعودة أن ينوي الإمساك، ورأى[1] مرة أنَّ المراد به بعد نزول الآية تحريم الوطء مع[2] بقاء العصمة، فالعودة أن ينوي الرجوع إلى الوطء، وتردد الأمر عنده مرة، هل المراد بالظهار ما كان في أول الإسلام، وهو الطلاق أو تحريم الوطء، فأمره أن يجمع على الوجهين جميعاً الإمساك والوطء[3].

فعلى القول إن العودة الوطء تكون الكفارة قبل ذلك تبيح الوطء، ولا تجب بمنزلة من أراد أن يصلي نفلاً، فإنه يقال له: أنت متطوع ويجب عليك إذا أردت ذلك أن تقدم قبله طهارة، فإن انثنى عزمه لم تجب عليه صلاة ولا طهارة، فكذلك المظاهر ليست الإصابة واجبة، فإن أراد ذلك وجب عليه أن يقدم الكفارة، فإن انثنى عزمه لم يكن عليه شيء، ورأى مرة أنه لا تجب بالنية حتى يعزم؛ لأنَّ كثيراً ما تكون النية على وجه التدبير، وما يؤامر المرء به نفسه.

---

(١) في (ق١٠): (وروى).

(٢) في (ش١): (بعد).

(٣) انظر: الموطأ: ٢/ ٥٥٩، والمدونة: ٢/ ٣٢١، والتفريع: ١/ ٦٠٥، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٧.

باب



فيمن ظاهر من أمته ولا مال له غيرها أو يملك نصف عبد هل يجزئه الصوم؟



وقال مالك فيمن ظاهر من أمته: ولا شيء له غيرها لم يجزئه الصوم وهي تجزئه إن أعتقها عن ظهاره، فإن تزوجها حلت له[١].

قال الشيخ رحمه الله: يجزئه[٢] عتقها على القول إن العودة العزم على الإمساك، وإنه إن طلق بعد[٣] ذلك أو مات لم تسقط عنه الكفارة، ويجزئه أيضاً على القول إنه إذا ابتدأ الكفارة والزوجة في العصمة وأتمها بعد انقضاء العدة إنها تجزئه، وهو قول ابن نافع[٤]، ولا تجزئه على القول إن من شرطها أن تكون في موضع يستبيح به الإصابة؛ لأنَّ عتقها خلاف العزم على الإصابة، فلا يجزئه العتق لهذا الوجه، ولا يجزئه الصوم؛ لأنه مالك لرقبته، ولو ظاهر عن أمِّ ولده أو مدبرته ولا شيء له غيرها لأجزأه الصوم؛ لأنَّ العتق فيهما وضع خدمة أو إسقاط حق في إصابته، ومن كان له دار يسكنها، ولا فضل فيها لم يجزئه الصوم ولا الإطعام إن كان عاجزاً عن الصوم.

وقال ابن القاسم: فيمن أعتق نصف عبد - يريد: ولا شيء له غيره[٥] - وصام شهراً لم يجزئه، وإن أعتق نصف عبد وأطعم ثلاثين مسكيناً أو صام

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٢.

(٢) قوله: (يجزئه) ساقط من (ح).

(٣) في (ش١): (قبل).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣١.

(٥) في (ق١٠): (سواه).

شهراً وأطعم ثلاثين مسكيناً لم يجزئه[1].

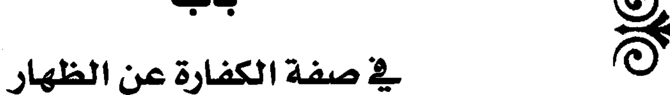
واختلف قوله في كفارة اليمين بالله هل يجوز له أن يجمع بين الكسوة والإطعام فيطعم خمسة ويكسو خمسة؟ فمنع ذلك في كتاب النذور[2]، وأجازه في كتاب محمد[3]، وهو أحسن؛ لأن كل واحد منهما يسد مسد الآخر مع الاختيار.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٣٢٢.

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٢.





باب
في صفة الكفارة عن الظهار

كفارة الظهار ثلاثة أصناف: تحرير رقبة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، حسب ما ورد به القرآن[١].

والعتق يصح بأربعة شروط: أن تكون الرقبة مؤمنة سالمة من العيوب التي لها قدرٌ وبالٌ، ليس فيها عقد حرية، ويصح للمكفر ملكها بعد الشراء، وقبل العتق[٢]، فهذه جملة متفق عليها، فإن انخرم شيء من ذلك لم يجزئ، وفي بعضها اختلاف، والكافر[٣] على ضربين:

كتابي كبير قد عقل دينه، فذلك غير جائز؛ لأنَّ الله عزَّ وجلَّ شرط في العتق على القتل مؤمنة[٤]، وإذا كان مطلق ومقيد من جنس واحد رُدَّ المطلق إلى المقيد، وقد أفهمنا الله عزَّ وجلَّ أنَّه لا يتقرب إليه في الواجب بعتق أعدائه أو من يجعل له زوجة وولداً تعالى الله عن قولهم علواً كبيراً لا إله غيره ولم يتخذ صاحبة ولا ولداً[٥].

واختلف إذا كان ممن يجبر على الإسلام كالمجوسي صغيراً كان أو كبيراً أو ممن لا يعقل دينه من أهل الكتاب، فقال مالك في الأعجمي: غيره أحب إليَّ

(١) انظر: التفريع: ٢/ ٣٩.

(٢) انظر: التفريع: ٢/ ٣٩.

(٣) في (ق١٠): (والكتابي).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٨.

(٥) قوله: (تعالى الله عن قولهم... صاحبة ولا ولداً) زيادة في (ح).

منه وإن لم يجد غيره أجزأه[١]. وقال ابن وهب وأشهب: لا يجزئه[٢]، واستشهد بحديث السوداء أن النبي ﷺ لم يأمر بعتقها إلا بعد معرفة أنها مسلمة[٣]، وهو أحسن إذا كان بالغاً أو غير بالغ إلا أنه يعقل دينه؛ لأنه في حين/ العتق كافر، وليس جبره على الإسلام في المستقبل، وإسلامه مما يخرجه عن أن يكون وقت العتق كافراً، وإن لم يعقل دينه أجزأه لأنه ليس بكافر.

(ب) ٢٨٨/ب

واختلف في الكتابي الصغير، فقال ابن القاسم: يجزئه. وعلى قول ابن وهب وأشهب: لا يجزئه[٤].

وقال أبو مصعب: من ولد من النصارى مملوكاً للمسلمين فهو على فطرة الإسلام[٥]. وقال ابن حبيب: إن ولد في ملك المسلمين لم يجبر، وإن سبي وليس معه أبوه فهو كصغير المجوس[٦]. وهذا عكس ما قاله أبو مصعب. وحكي عن مالك أنه قال[٧]: إن أعتق عن واجب بحدثان ملكه لم يجزئه ولم

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ برقم: ٢/ ٧٧٧، في باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة، من كتاب العتق والولاء، برقم (١٤٦٩)، وأحمد في المسند: ٢/ ٤٥١، في حديث رجلٍ من الأنصار برقم (١٥٧٨١)، ولفظ الموطأ: (أن رجلا من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ بجارية له سوداء فقال: يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة، فإن كنت تراها مؤمنة أعتقها. فقال لها رسول الله ﷺ: «أتشهدين أن لا إله إلا الله؟»قالت: نعم. قال: «أتشهدين أن محمداً رسول الله؟ »قالت: نعم. قال: «أتوقنين بالبعث بعد الموت؟» قالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «أعتقها»).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٢/ ٢١٥.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١/ ٦٠٢.

(٧) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

يصلَّ عليه، وإن ارتفع عن حدثانه[١] ذلك وفوره، وقدتشرّع [٢] بشريعة الإسلام وزياه بزينة [٣] الإسلام، وإن لم يبلغ الفهم أجزأه عتقه عن الواجب، ويصلي عليه[٤].

وقال ابن الماجشون: إن لم يكن معه أبواه[٥] في الابتياع ولم ينته أن يتدين بدين[٦]، وابتاعه مسلم فله حكم المسلمين في العتق، والصلاة، والموارثة، والقود، والمعاقلة[٧].

قال الشيخ رحمه الله: أما من كان صغيراً وليس معه أبوه؛ فالأمر فيه بين[٨] أن يجزئه لقول النبي ﷺ: «**كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنْصِرَانِهِ**»[٩]، فأخبر أنه على غير اليهودية ولا النصرانية حتى يهود وينصر.

وكذلك أرى إذا كان الأب عبداً والأم أمة، وإنما يكون له حكم الأب إذا كان

---

(١) في (ق١٠): (حداثة).

(٢) قوله (تشرع) يقابله في ش (شرع).

(٣) في (ب) و(ق١٠): (بزي).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١/ ٦٠١.

(٥) في (ش١): (أبوه).

(٦) قوله: (بدين) زيادة في (ح).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١/ ٥٩٩.

(٨) قوله: (بين) ساقط من (ش١).

(٩) متفق عليه، أخرجه البخاري: ١/ ٤٥٦، في باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه، وهل يعرض على الصبي الإسلام، من كتاب الجنائز في صحيحه، برقم (١٢٩٣)، ومسلم: ٤/ ٢٠٤٧، في باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، من كتاب القدر، برقم (٢٦٥٨)، ومالك في الموطأ: ١/ ٢٤١، في باب جامع الجنائز، من كتاب الجنائز، برقم (٥٧١).

للأب ذمة، وذلك إنما يصح في الحُر، فإذا كان الأب مسبياً فليس له أن يقول: ليس لكم أن تعلموه غير ديني؛ لأنه لا ذمة له، فيطالب بالوفاء بها، وكذلك من ولد في ملك مسلم، كل هؤلاء يجزئه إذا لم يعقل ديناً؛ لأنه ليس بكافر، ولا في حكم الكافر، ولو تزوج عبد نصراني أمة نصرانية لم يكن له مقال في دين ولده إذا كانت الأم ملكاً لمسلم، وكذلك إذا كان الأب حراً، والأم أمة، وهو ظاهر قول أبي مصعب، وإنما تنعقد له الذمة في[1] ولده إذا كان الأبوان حرين.

فصل

[فيما يمنع الإجزاء من العيوب في العبيد وما لا يمنع]

والعيوب خمسة: عيب يمنع العبدَ السعيَ والقيامَ بنفسه؛ لأنها زمانة أو في معنى الزمانة لما تعطل من الانتفاع بنفسه[2]، فذلك غير جائز كالعمى والقعد وزوال العقل[3] والفالج، وإن كان ببعض الجسد كالشلل وقطع اليد والأصابع وما أشبه ذلك مما يعطل اليد أو يضعفها[4] أو يفسد استعمالها.

وعيب لا يمنع السعي وهو يسير، ولا يخشى تناميه، فذلك جائز كالمرض الخفيف وقطع الأنملة والجذع من الأذن، وذهاب بعض[5] الأسنان والصمم الخفيف، والعرج الخفيف[6].

وعيب يسير شأنه التنامي لجميع الجسد كبداية الجذام والبرص، فاختلف

---

(١) من هنا يبدأ سقط من (ق١٠) بمقدار لوحة.

(٢) قوله: (بنفسه) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (كالعمى والقعد وزوال العقل) يقابله في (ح): (كالأعمى والمقعد).

(٤) في (ح): (يبطل اليد أو بعضها).

(٥) قوله: (بعض) ساقط من (ح).

(٦) قوله: (وقطع الأنملة... والعرج الخفيف) ساقط من (ش١).

هل يجزئ أم لا؟

فقال ابن القاسم في الجذام والبرص[1]: لا يجزئه جملة، ولم يفرق بين قليله وكثيره، وقال أشهب في البرص الخفيف: يجزئ[2]. وراعى حالة العبد وقت العتق، وإن كان مما[3] يتنامى بعد ذلك، وعلى هذا يجزئ إذا كان في بداية الجذام، ويقاس عليه من كان به بداية السل وشبهه.

وعيب كثير يعم الجسد كالجذام والبرص فهو غير جائز، وإن لم يمنعه السعي، وقاله ابن حبيب في السل[4]، والمراد[5] أنه لا يجزئ.

وعيب كثير يخص بعض الجسد ولا يؤثر في العجز عن السعي ولا يخشى تناميه كالعور والصمم والعرج والخصاء، فاختلف هل يجزئه أم لا؟ لأن له قدراً، ولا يمنعه من السعي، فقال في المدونة في العور: يجزئ[6].

وقال في كتاب محمد: لا يجزئ[7]، والعور شين كثير[8] أذهب عضواً شريفاً مقدراً من الحر بنصف الدية إلا أنه لا ينقص من السعي، وقال في الصمم والعرج البين: لا يجزئ[9].

وقال أشهب في كتاب محمد: يجزئ[10].

---

(١) قوله: (فاختلف هل يجزئ أم لا؟ فقال ابن القاسم في الجذام والبرص) ساقط من (ش١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣.

(٣) في (ش١): (وإن كان لا).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣.

(٥) قوله: (والمراد) ساقط من (ش١).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٨.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٠٥.

(٨) في (ش١): (عيب كبير).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٨.

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٠٥.

وفي الخصاء ثلاثة أقوال: فكرهه في المدونة[١]، وقال أيضاً: لا يجزئ، ولو كان خصياً غير مجبوب ما أجزأ، وقال أشهب في كتاب محمد: يجزئ[٢] الخصي[٣].

ويختلف في الأخرس والذاهب الأسنان وأشراف الأذنين. فقال ابن القاسم: لا يجزئ[٤]، وعلى قول أشهب يجزئ لأنه عيب يختص ببعض الجسم ويؤمن تناميه، ولا يمنع السعي، وقد قال في الصمم إنه يجزئ، وذهاب أشراف الأذنين أخف.

واختلف في المجنون؛ فقال مالك وابن القاسم: لا يجزئ[٥].

وقال أشهب في كتاب محمد: إن كان يجن في كل شهر مرة يجزئ، ورأى أن القدر الذي يجن فيه يسير في جنب الصحة؛ لأنه جزء من ثلاثين إن كان يجن يوماً وليلة، أو جزء من ستين إن كان يجن أحد الزمانين وما أبعد في القول.

واختلف في المريض، فقال محمد: يجزئ ما لم ينازع[٦]. وفي المدونة في الأبرص يجزئ إذا كان خفيفاً ولم يكن مرضاً[٧]، فرأى أنَّ المريض يمنع الإجزاء. يريد إذا كان بيّناً، ولا يجزئ المقطوع الأصبعين/ واختلف في الأصبع

(ب)
٢٨٩/أ

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٧.

(٢) قوله: (وفي الخصاء ثلاثة أقوال... في كتاب محمد: يجزئ) ساقط من (ش١).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٠٥.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٧.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٧.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٠٥.

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٧.

الواحد[١]، فقال ابن القاسم: لا يجزئ[٢]. وقال غيره: يجزئ[٣].

وقال ابن الماجشون في كتاب محمد: يجزئ، وإن كانت الإبهام[٤] وليس بالبين، وإن كان الخنصر وما والاه رأيت أنه يجزئ.

قال الشيخ رضي الله عنه: الأصابع مختلفة المنفعة، فإن كان الذاهب قد أذهب معظم الانتفاع باليد أو كثيراً منها لم يجزئ، وإن كان معظم الانتفاع قائماً أجزأ، وأما[٥] الأصبعان من يد أو رجل فهو يوهنها ويقبح شأنها[٦] فلا يجزئ، ولو كان أحدهما من يد والآخر من رجل أجزأه[٧] فوجه منع الإجزاء إذا كان العيب له قدر وَبَالٌ[٨] ولا يمنع السعي قياساً على الهدايا والضحايا؛ لأن جميعها قرب يتقرب بها إلى الله تعالى، ولا يتقرب إليه بمعيب، ووجه الإجزاء أنَّ المقصود من بني آدم الدين والصلاح ولا يلزم على هذا أن يجزئ ذاهب اليد ولا الرجل، ولا ما أشبه ذلك[٩]، لأنه معتق لبعض عبد.

---

(١) قوله: (الواحد) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٧.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣.

(٥) قوله: (قال الشيخ رضي الله عنه... الانتفاع قائماً أجزأ، وأما) ساقط من (ح).

(٦) في (ح) و(ق١٠): (شينها).

(٧) قوله: (أجزأه) يقابله في (ب): (أو يد أخرى وكل واحد).

(٨) قوله: (وَبَالٌ) ساقط من (ح) و(ش١).

(٩) قوله: (ولا ما أشبه ذلك) ساقط من (ح).

فصل
[فيمن أُعتق بحكم]

عتق من فيه عقد حرية ولم يتم كأم الولد والمعتق إلى أجل والمعتق بعضه غير جائز، كان ذلك ملكاً للمعتق أو لغيره، وكذلك المدبر والمكاتب إذا كان المعتق هو الذي[1] عقد التدبير والكتابة؛ لأنه وضع خدمة أو وضع مال[2].

واختلف إذا اشتراهما فأعتقهما فقيل: العتق مردود، ولا يجزئ، وقيل: العتق ماضٍ، ولا يجزئ؛ لأنه عتق مختلف فيه، فيمضي ولا تبرأ الذمة به، وقيل: يمضي العتق ويجزئ، وأرى أن يجزئ المكاتب إن بيعت رقبته برضاه؛ لأن رضاه بذلك تعجيز[3] منه لنفسه، ولا يجوز أن يبيع بغير رضاه؛ لأنه على كتابته وعتقه وضع مال، ويجزئ المدبر لقوة الخلاف فيه، وللحديث أنَّ النبي ﷺ باع مدبراً[4].

واختلف فيمن له شرك[5] في عبد فأعتق جميعه وهو موسر، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: يجزئه، وعليه نصف قيمته. قال: وذلك لأنَّه ليس لشريكه أن يأبى ذلك. وقال أصبغ: لا يعجبني[6]، وقال ابن القاسم في المدونة: من أعتق نصفه ثم اشترى النصف فأعتقه عن ظهاره لم يجزئه إذا كان

---

(١) قوله: (الذي) ساقط من (ش١).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٦.

(٣) في (ح) و(ش١): (لأن ذلك تعجيز).

(٤) أخرجه البخاري معلقا: ٦/ ٢٦٢٧، في باب بيع الإمام على الناس أموالهم وضياعهم، من كتاب الأحكام في صحيحه، قبل حديث رقم (٦٧٦٣).

(٥) في (ح): (شركاء).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٣.

حين العتق معسراً، قال: وحيث إنه لو[١] كان[٢] موسراً وقوَّم عليه؛ لأنه قوَّم عليه بحكم[٣]، وقال في العتبية: إذا أعتق نصفه عن ظهاره ثم أعتق النصف الثاني عن ذلك الظهار أجزأه، وإن لم يعتقه فرفع إلى السلطان خبره، فإن أعتقه أجزأه وإلا أعتقه عليه[٤] السلطان[٥]. وهذا اختلاف قول.

ولا فرق بين أن يكون جميعه له أو يكون شركة بينه وبين غيره فلا يجزئه على ما قال في المدونة[٦]؛ لأنه عتق بحكم، وقال ابن الماجشون وأصبغ: لا يجزئه وإن كان جميعه له[٧] فراعى ابن القاسم الخلاف لقول من قال: إن الاستكمال مع اليسر مندوب إليه، ويلزم على قوله أن يجزئ، وإن كان شركة بينه وبين آخر وقوّم عليه نصيب شريكه، وكذلك إذا كان معسراً فأيسر ثم اشترى النصف الآخر، وأعتقه عن ظهاره فيجزئه وهو في هذا أبين من الموسر؛ لأن عتقه إذا أيسر فاشتراه باختيار منه[٨]، وفي اليسر المتقدم بالجبر، وأمَّا إن أعتق جميعه فأرى أن يخير الشريك فإن أجاز عتقه مضى بالقيمة يوم كان أعتق وأجزأه، وإن ردَّ الشريك عتق نصيبه وأعتق بالحكم يوم يقام عليه لم يجزئه على قوله في المدونة.

---

(١) قوله: (قال: وحيث إنه لو) يقابله في (ش١): (أو).

(٢) قوله: (قال: وحيث إنه لو كان) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٦.

(٤) في (ح): (عنه).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٨٩.

(٦) قوله: (على ما قال في المدونة) ساقط من (ح).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٣.

(٨) في (ش١): (لأنه عتقه بعد ذلك إذا أيسر فاشتراه بخيار منه).

فصل

[فيمن قال: إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه وأعتقه عن ظهاره]

وإن قال: إن اشتريت فلاناً فهو حر، فاشتراه وأعتقه[١] عن ظهاره- لم يجزئه[٢]؛ وقال محمد: فإن قال: إن اشتريته فهو حر عن ظهاري أجزأه[٣].

فإن اشترى أباه فأعتقه عن ظهاره أو نوى ذلك قبل الشراء لم يجزئه؛ لأنه معتق عليه بنفس الشراء، فإن كان عليه دين فأذن له غرماؤه أن يشتريه ويعتقه عن ظهاره- أجزأه، وكذلك إذا اشتراه[٤] بغير إذنهم، فأذنوا له أن يعتقه عن ظهاره؛ لأن الدَّين يمنع من عتقه، [٥] فإذا صحَّ ألا يعتق وأن يباع[٦] للغرماء- صحَّ إذنهم في عتقه عن الواجب.

وإن أعتقه عنه أجنبي بغير أمره أجزأه على قول ابن القاسم[٧]، وأبوه وغيره في ذلك سواء؛ لأنه لم يملكه ولم يعتق عليه، ويختلف إذا كان بأمره، فقيل في هذا: الأصل كأنَّه ملكه لما كان بأمره؛ فلا يجزئه. وقيل: يجزئه؛ لأنه لم يملكه.

وقد اختلف فيمن زوج عبده ثم أعتق السيد ذلك العبد عن زوجته

---

(١) قوله: (وأعتقه) ساقط من (ب) و(ش١).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٣.

(٤) في (ح): (من اشتراه)، وفي (ش١): (وإن اشتراه).

(٥) إلى هنا انتهى السقط من (ق١٠).

(٦) في (ب): (ألا يباع).

(٧) انظر: المدونة: ١ / ٥٩٧.

بأمرها، هل ينفسخ ذلك[١] النكاح، ويكون ذلك ملكاً منها له قبل العتق أو لا ينفسخ؟

قال محمد: ولو اشتراه وصي فأعتقه لأجزأه عن الميت من رقبة واجبة أوصى بها، ما لم يكن الميت هو الذي أوصى بشرائها؛ لأنه لو اشتراه[٢] هو نفسه لم يجزئه، وليس هذا بالبين، وأرى أن يجزئه؛ لأنه لا يعتق على ميت، وليس[٣] بمنزلة ما لو اشتراه هو قبل موته. ولو قال: اشتروه/ ليخلص من ملك فلان؛ لإساءته إليه، ولا تعتقوه- لم يعتق؛ لأنه لا يعتق على ميت، وإذا جاز أن يبقى رقيقاً صحَّ أن يوصي بأن يعتق عن ظهاره.

(ب) ٢٨٩/ب

واختلف إذا صحت العودة من المظاهر ثم كفر عنه غيره، فقيل: تجزئه الكفارة كانت بأمره أو بغير أمره. وقيل: إن كانت بأمره أجزأته، وإن كانت بغير أمره لم تجزئه.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا تجزئه، وإن كانت بأمره، وقال ابن القاسم فيمن أعطته زوجته رقبة يعتقها عن ظهاره منها لم يجزئه إذا كانت العطية بشرط[٤] أن يعتقها[٥]، والأول أصوب؛ لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علينا رجل[٦] ونحن بمنى بلحم بقر[٧]، فقلنا: ما هذا؟ فقالوا: ذَبَحَ رسول الله ﷺ

---

(١) قوله: (ذلك) زيادة في (ب).

(٢) قوله: (وصي فأعتقه... لأنه لو اشتراه) ساقط من (ش١).

(٣) في (ش١): (وهو).

(٤) في (ق١٠): (إذا أعطته بشرط).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٤.

(٦) قوله: (رجل) زيادة في (ق١٠). وفي (ح): (رسول الله).

(٧) قوله: (بقر) ساقط من (ق١٠).

عن أزواجه البقر[١]. وكنا قد تمتعن، فذبح[٢] عنهنَّ عن المتعة بغير أمرهنَّ.

ولحديث ابن عباس قال: قال رجل: يا رسول الله، إنَّ أختي نذرت أن تحج، وإنها ماتتْ أفأحج عنها؟ فقال رسول الله ﷺ: «أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ عَلَيْهَا دَيْنٌ أَكُنْتَ قَاضِيَهُ؟» قال: نعم، قال: «فَاقْضِ دَيْنَ اللهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِالقَضَاءِ». أخرجه البخاري[٣].

فجعل فعله قضاء، وإن كان بغير وكالة، واختلف إذا اشترى عبداً بشرط العتق ليعتقه عن ظهاره، فقال مالك وابن القاسم[٤] في المدونة: لا يشترى بشرط العتق؛ لأنها ليست برقبة تامة، وفيها شرط يضع من ثمنها[٥].

وقال ابن كنانة في شرح ابن مزين: إن كان جاهلاً لم يؤمر بالإعادة.

وقال ابن القَاسم: إن كان عالماً أن ذلك لا ينبغي له لم يجزئه، وإن كان لا وضيعة في ثمنها، وإن كان جاهلاً ولا وضيعة في ثمنها أجزأه، وإن كان فيه وضيعة لم يجزئه[٦].

وقال ابن القصار فيمن قال لرجلٍ: أعتق عبدك عني عن كفارتي،

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٦١٤، في باب ما يأكل من البُدْن وما يتصدق، من كتاب الحج في صحيحه، برقم (١٦٣٣)، ومسلم: ٢/ ٨٧٠: في باب بيان وجوه الإحرام وأنه يجوز إفراد الحج والتمتع والقران، من كتاب الحج، برقم (١٢١١)، ومالك في الموطأ: ١/ ٣٩٣، في باب ما جاء في النحر في الحج، من كتاب الحج، برقم (٨٨١).

(٢) قوله: (فذبح) يقابله في (ح): (فأجزأ ذلك)، وفي (ش١): (فهدى).

(٣) قوله: (أخرجه البخاري) ساقط من (ح). والحديث أخرجه البخاري: ٦/ ٢٤٦٤، في باب من مات وعليه نذر، من كتاب الأيمان والنذور في صحيحه، برقم (٦٣٢١).

(٤) قوله: (وابن القاسم) ساقط من (ق١٠).

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٧.

(٦) قوله: (وإن كان فيه وضيعة لم يجزئه) ساقط من (ح).

فأعتقه- أجزأه[١]، وسواءٌ كان بجعل جعله له مثل أن يقول: أعتقه عني ولك ألف درهم[٢]، أو بغير جعلٍ الجميع[٣] جائز.

وهذا أصوب[٤] على أصل ابن القاسم؛ لأنَّه إذا أجزأ، وهو كله هبة بغير عوض، فأحرى[٥] إذا كان بيعاً ولم يكن في الثمن وضيعة، وأحرى[٦] إذا اجتمع فيه هبة وبيع، فالمحاباة هبة، والبيع ما سواها، ومن أعتق عبده عن ظهاره على مال فإن كان المال[٧] في يدي العبد جاز؛ لأنَّه انتزاع[٨]، وكذلك إن أعتقه على أن يؤخره به إلى أجل جاز؛ لأنه كان قادراً[٩] على أن ينتزعه[١٠]، فتركه في يديه، وتأخيره به معروف من السيد، وزيادة خير[١١] وإن كان العبد معسراً بالمال لم يجز؛ لأنَّ تلك المبايعة باعه نفسه بما جعل عليه، ولا يصح أن يبيعه نفسه ويعتقه[١٢] عن ظهاره، ولو وضع عنه المال بعد ذلك لم يجزئه؛ لأن العتق يَرِد على وجه المبايعة.

---

(١) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٠٠١.

(٢) قوله: (درهم) زيادة في (ق١٠).

(٣) قوله: (الجميع) ساقط من (ح).

(٤) في (ح): (صواب).

(٥) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (وأجزأ).

(٦) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (أجزأ).

(٧) قوله: (فإن كان المال) ساقط من (ق١٠).

(٨) قوله: (لأنَّه انتزاع) يقابله في (ق١٠): (فنزعه منه).

(٩) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (لأنه قادر).

(١٠) قوله: (على أن يؤخره به إلى أجل جاز؛ لأنه قادر على أن ينتزعه) يقابله في (ق١٠): (على مال يجعله عليه يتبعه به في ذمته وفي يديه مثله لأنه كان قادراً على أن يأخذه منه).

(١١) قوله: (وزيادة خير) زيادة في (ق١٠).

(١٢) في (ح): (ويجعله).

باب



في صيام المظاهر ومن لا يتابع صومه اختياراً أو لمرض أو نسيان



الصوم عن الظهار شهران متتابعان حسب ما ذكر الله سبحانه[١] في كتابه، فمن أتى به متفرقاً متعمداً لم يجزئه، وإن كانت التفرقة عن مرض أجزأه.

واختلف إذا كانت عن نسيان أو خطأ في العدد أو جهل بالحكم فقال في كتاب محمد في النسيان: لا يجزئه.

وعلى هذا لا يجزئه إن كانت التفرقة عن جهل، وقال مالك في المدونة فيمن صام ذا القعدة وذا الحجة جاهلاً يظن أنه يجزئه، قال: يجزئه[٢]، وعلى هذا يجزئ الناسي، ومن أخطأ العدد فداخل في الناسي.

وقال محمد بن عبد الحكم: المرض والنسيان سواء يجزئه. قال: لأنَّ كل ذلك من أمر الله تعالى، لا يستطيع العبد دفعه، وهو أبين؛ لقول النبيِّ ﷺ: «**حُمِلَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**»[٣].

فسوَّى بين النسيان والاستكراه، والاستكراه لا يسقط التتابع، وكذلك النسيان، وقياساً على الصلاة أنه لا خلاف أن الواجب أن يأتي بها متتابعة، وقد ثبت عن النبي ﷺ أَنَّه سلَّم من صلاته[٤] من ركعتين، ثم قام إلى خشبةٍ

---

(١) قوله: (ذكر الله سبحانه) يقابله في (ق١٠): (ورد في القرآن).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٠.

(٣) صحيح، أخرجه ابن ماجه في سننه: ١/ ٦٥٩، في باب طلاق المكره والناسي، من كتاب الطلاق، برقم (٢٠٤٥)، وابن حبان: ١٦/ ٢٠٢، في باب فضل الأمة، من كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة في صحيحه، برقم (٧٢١٩).

(٤) قوله: (من صلاته) زيادة في (ح).

معروضةٍ في المسجدِ، فكلِّم على قصر الصلاة؛ فكانت منه مراجعة، وفي بعض الروايات أنه دخل إلى بعض حجره[١]، ثم بنا على ما تقدم، من صلاته[٢]، وأما إن جهل فابتدأ الصوم في ذي القعدة وذي الحجة، فالصواب أن يبتدئ، بخلاف الناسي[٣]؛ لأنَّ هذا متعمد، أو لو جهل رجل أعداد الصلاة وظنَّ أن الظهر ركعتان، فصلاها على ذلك[٤] فلما سلَّم وتكلم أُعْلِمَ أنها[٥] أربع- لم يجزئه أن يبني على ما صلى أربعاً[٦].

ولو ابتدأ صيامه في شوال، ثم مرض ذا القعدة، ثم صح ذا الحجة- أجزأه أن يبني على ما تقدم؛ لأن المرض أخره إلى ذي الحجة.

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن صام عن ظهارين فواصل أربعة أشهر، ثم ذكر يومين لا يدري من أي ظهاريه، صام يومين يصلهما[٧]، وأتى بشهرين[٨].

---

(١) قوله: (وفي بعض الروايات أنه دخل إلى بعض حجره) ساقط من (ب) و(ش١).

(٢) قوله: (من صلاته) زيادة في (ق١٠).

قلت: والمؤلف يشير إلى حديث أبي هريرة ﷺ: أن رسول الله ﷺ انصرف من اثنتين، فقال له ذو اليدين: أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: (أصدق ذو اليدين) فقال الناس: نعم فقام رسول الله ﷺ فصلى ركعتين أخريين ثم سلم، ثم كبر فسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع ثم كبر فسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع.

وقد سبق تخريجه في كتاب الصلاة الأول، ص: ٣٩٥.

(٣) في (ق١٠): (وليس كالناسي).

(٤) قوله: (فصلاها على ذلك) زيادة في (ق١٠).

(٥) في (ق١٠): (أن الظهر).

(٦) قوله: (أربعاً) ساقط من (ب) و(ش١).

(٧) قوله: (يصلهما) ساقط من (ش١).

(٨) انظر: البيان والتحصيل: ٥ / ١٩٣. والنوادر والزيادات: ٢/ ٦٠.

وقال عبد الملك بن حبيب[١]: إن وصل الكفارتين ثم ذكر يومين كان أفطرهما ناسياً أو خطأ فأقل ما يجزئه[٢] يوم يصله بالشهرين الأخيرين، ثم يأتي بشهرين؛ لأن أكثر/ ما عليه أن يكون يوم من آخر الكفارة الأولى، ويوم من أول الثانية[٣].

(ب ١/٢٩٠)

وقال الشيخ رحمه الله: إذا ذكر يوماً من أول صومه، وكان قد وصل الصوم[٤] الأول بالثاني؛ فعلى أصل عبد الملك- يكون أول يوم من الشهرين الأخيرين تماماً للأولين؛ قياساً على قوله فيمن سلم من ركعتين من الظهر، ثم أتى بركعتين نفلاً- إنها تجزئ عن الظهر؛ لأنه لم يرفض النية الأولى، وإنما أحدث نية ظنّاً منه أنه وفَّى بالأولى، وكذلك هذا أحدث نيةً ظنّاً منه أنه وفَّى الصوم الأول؛ فيجزئه الأول، ويكون النقص من الثاني، فإن ذكر في آخر الثاني وَقَبْلَ أن يأخذ في الفطر- أتى بيوم يصله بشهرين وأجزأه.

ويختلف إذا ذكر بعد أن أخذ في الفطر هل يأتي بيوم أو يستأنف صومه، على الخلاف في الناسي، وإن كان عين صومه عن كل امرأة صام يوماً عن الأولى، وحلت له، وأمسك عن الثانية، وإن لم يكن عين أمسك عنهما حتى يصلح الآخر، وعلى قول ابن القاسم يكون النقص من الأول، ثم[٥] يختلف في استئنافه، والقول: إن النسيان لا يسقط التتابع أحسن، وقد تقدم؛ فلا يكون عليه إلا قضاء يوم، وإن ذكر ذلك اليوم في تضاعيف صومه الثاني- جرت على

(١) قوله: (بن حبيب) زيادة من (ش١).

(٢) قوله: (أو خطأ فأقل ما يجزئه) يقابله في (ب) و(ح) و(ش١): (أو خطأ أجزأه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٦٠.

(٤) قوله: (الصوم) زيادة في (ق١٠).

(٥) في (ش١): (لم).

قولين، هل يتم ما هو فيه، ثم يصوم ذلك اليوم الأول، أو يبتدئ بالذي نسي؛ بمنزلة من ذكر صلاة وهو في صلاة؟

وأرى أن يتم الثاني ثم يقضي الأول، ولو رجع إلى تمام الأول لرأيت أن يرجع إلى تمام الثاني، ولا يستأنفه؛ لأنه لم يتخلل الثاني فِطرٌ[١]، وإنما تخلله صوم وقربة لله سبحانه، وفي كتاب ابن حبيب نحو ذلك[٢] فيمن صام شعبان وشوال أنه يجزئه[٣]، وإن تخلله رمضان.

وفي ثمانية أبي زيد مثل ذلك فيمن نسي ركعة، ثم ذكرها بعد أن تلبس بصلاة، قال: يأتي بما نقص، وإن طالت صلاته الثانية؛ لأنه كان في قربة، بخلاف أن يكون ذلك القدر[٤] في غير صلاة.

فإن قال: لا أدري من أي الصومين ذلك اليوم، وكان قد أخذ في الفطر بعد انقضاء الشهرين الآخرين- استأنف صوم الأربعة الأشهر؛ على القول: إن النسيان يسقط التتابع[٥] إذا كان قد عين الصوم عن كل امرأة، وإن لم يكن عين فعلى القول أن النسيان لا يفسد التتابع فإن عين صام يومين، وإن لم يعين صام صوماً ينوي به الباقي في الذمة.

ولو قيل فيمن عين: إنه يجزئه يوم، لكان وجهاً؛ لأنه ينوي به الذي أسقطه منهما، وكذلك على القول إنه يفسد بالنسيان، يصح أن يأتي بشهرين، وإن كان

---

(١) من هنا يبدأ سقط بمقدار لوحة من (ق١٠).

(٢) في (ح): (يجوز ذلك).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٥٩ و٦٠.

(٤) ساقط من (ح).

(٥) زاد في (ب) و(ش١) و(ق١٠): (يستأنف صوم أربعة أشهر).

عين وينوي به الذي أفسد منهما.

وكل هذا ما لم يصب، فإن وطئ فسد صومه عن إحداهما؛ لأن صومه عن واحدة صحيح، ثم يوقف عنها حتى يكفر كفارة أخرى، ومن أكل في نهاره بعد أن بيت الصوم- قضى يوماً، وواصله بصيامه، وأجزأه، ولم يستأنف؛ لأن بعض أهل العلم قال: إن صوم ذلك اليوم صحيح لا يجب قضاؤه، وقياد المذهب أن يكون بمنزلة من بيّت الفطر؛ لأنه لم يختلف قول مالك وأصحابه إنه صوم فاسد يجب قضاؤه فلا يحتسب به[1].

وإن وطئ المظاهر الزوجة التي ظاهر منها ناسياً أو عامداً في ليل أو نهار في شهري صيامه- بطل صيامه، ووجب استئنافه؛ لقول الله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ وكذلك إن أطعم بعض المساكين، ثم أصاب؛ فإنه[2] يستأنف، ولا يجوز الوطء قبل استكمال الإطعام، كما لم يجز في العتق والصيام؛ لأن الإطعام إن أتى به جملة كان كالعتق، أو متفرقاً كان كالصيام.

وقال عبد الملك بن الماجشون في كتابه: إن وطئ قبل أن يتم الإطعام أحب إلي أن يستأنف، وأظنه قال ذلك مراعاة لما قال الثوري إنه يجوز له أن يطأ قبل أن يطعم، وقد اختلف عن الثوري في ذلك[3].

فإن أصاب غير التي ظاهر منها نهاراً عامداً بطل، كما لو أكل عامداً، ويختلف إذا وطئ ناسياً؛ هل يجزئه، أو يستأنف حسب ما تقدم إذا أكل ناسياً؟

---

(١) قوله: (إن صوم ذلك اليوم صحيح لا يجب قضاؤه... فلا يحتسب به) يقابله في (ح)، (ش١): (أن ذلك اليوم لا يفسد إذا كان ناسياً).

(٢) قوله: (فإنه) يقابله في (ش١): (قبل أن).

(٣) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٢٧٦.

فصل

[في عجز المظاهر عن الصوم]

عجز المظاهر عن الصوم يبيح الكفارة بالإطعام، وذلك على وجوه: المرض وضعف البنية، والمتعطش الذي لا يستطيع معه الصوم، ويختلف إذا كان في زمن حر، ولو كان في زمن برد لقدر على الصيام، فعلى قول ابن القاسم: لا يجزئه الإطعام، ويصبر حتى يصير إلى زمن البرد فيصوم؛ قياساً على المريض يطول به المرض، ولا يجد ما يشتري به رقبة- أنه يصبر حتى يصح، ولا يجزئه الإطعام. وعلى قول أشهب: يجوز له الإطعام، وليس عليه[1] أن يصبر إلى زمن البرد، وإن كان في سفر لم تجزئ الكفارة بالإطعام، وسواء ظاهر في السفر، أو الحضر ثم سافر، وهو في ذلك بخلافه في صوم[2] رمضان؛ لقوله سبحانه في المظاهر ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ﴾ [المجادلة: ٤]، وهذا مستطيع، وأباح الله عز وجل الفطر في رمضان إذا كان في السفر وإن كان مستطيعاً، وقد ينعكس الجواب في المقيم؛ فيتوجه الخطاب بصوم رمضان دون المظاهر[3]؛ لأن هذا شهر، وهذا/ شهران، فقد يعجز عن متابعة شهرين، ولا يعجز عن متابعة[4] شهر.

(ب) ٢٩٠/ب

وأما المريض فهو على أربعة أوجه: قريب البرء، وبعيده، مُؤْيَس[5] من البرء، ومشكوك فيه، فإن كان البرء قريباً؛ لم يجزئه الإطعام، ويجوز[6] ذلك مع

---

(١) في (ب): (له).

(٢) قوله: (بخلافه في صوم) يقابله في (ح): (مخالف لصوم).

(٣) في (ب) و(ح) و(ق١٠): (الظهار).

(٤) قوله: (متابعة) ساقط من (ح).

(٥) في (ح): (يؤوس).

(٦) في (ح): (يجزئ).

اليأس[١]. واختلف إذا كان يرجى بَعْدَ بُعْدٍ أو شك فيه، فقال ابن القاسم: لا يجوز له الإطعام. وأجازه أشهب[٢]، وهو أبين؛ لقول الله سبحانه: ﴿فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ﴾ وهذا غير مستطيع، ولا يعترض هذا بقليل المرض؛ لأن القليل[٣] في معنى العدم، وهذا إذا كان مشكوكاً فيه أبين، وقد أباح الله الصيام لمن لم يجد رقبة، وإن كان مشكوكاً فيه هل يوسر؟ وليس يقطع على الفقير أنه لا يوسر بمثل ذلك، وقد يكون موسراً ببعض ثمن الرقبة، أو يكون له ثلاثة أرباع رقبة، ولا يملك غيرها- فيجوز له الصوم مع رجاء اليسر لذلك القدر الذي عجز عنه.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٢.

(٣) قوله: (لأن القليل) ساقط من (ح).

باب



في قدر الإطعام في الظهار وجنسه ومن يجوز له أن يُطْعم ومن يجوز له أن يأخذ تلك الكفارة[١]



اختلف عن مالك في قدر الإطعام على ثلاثة أقوال، فقال في المدونة: يطعم مدّاً بمد هشام لكل مسكين[٢]. وقال[٣] في كتاب ابن حبيب: مُدَّين بمد النبي ﷺ[٤]. قال ابن القصار: مُدّاً بمد النبي ﷺ[٥]. وقال ابن الماجشون: إن غدَّى وعشى أجزأه وجعله مثل كفارة اليمين بالله تعالى[٦]. وهذا مثل ما عند ابن القصار.

واختلف في قدر مد هشام، فقال ابن القاسم في المدونة: هو مدان إلا ثلث بمد النبي ﷺ[٧]. وقال ابن حبيب: هو مد وثلث. ذكر البغداديون عن معن بن عيسى أنه مدان بمد النبي ﷺ[٨].

قال الشيخ ﷺ: أوجب الله سبحانه ثلاث كفارات:

كفارة اليمين بالله تعالى وهي مقيدة بقول الله سبحانه: ﴿**مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ**﴾ [المائدة: ٨٩]، وفدية الأذى، وهي مقيدة بقول النبي ﷺ: «**مُدَّانِ**

---

(١) قوله: (يأخذ تلك الكفارة) يقابله في (ش١): (يأخذه).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٣.

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٧.

(٥) انظر: التلقين: ١/ ٧٥.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٧.

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٣.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٧.

لِكُلِّ مِسْكِينٍ»[١].

وكفارة الظهار، وهي مطلقة؛ فَرَدَّهَا مرة إلى فدية الأذى؛ لأن الزوجة محرمة لما عقد من الظهار، فلا تباح إلا بما لا شك فيه، وهو أعلى الكفارات، وهي فدية الأذى، وَرَدَّهَا مرة إلى كفارة الأيمان؛ لأن الأصل في الذمة البراءة، فلا يلزم إلا ما لا شك فيه، ولم يردَّها في القول الثالث إلى شيء من[٢] هاتين الكفارتين، وراعى أعلى الشِّبَعِ، ورأى أن يجزئه مدّاً بمد النبي ﷺ؛ لوجوه:

أحدها: أن الأصل براءة الذمة؛ فلا يلزم إلا ما لا شك فيه.

والثاني: إذا كان اثنان مطلق ومقيد[٣] من جنس؛ رد المطلق إلى المقيد، وَرَدُّ الظهارِ إلى كفارة الأيمان أشبه؛ لأنها في معنى اليمين، وفدية الأذى ليست بيمين.

والثالث: أنه لم يختلف قوله في العتق عن الظهار: إنه لا يجزئ إلا مؤمن لما كان مقيداً في آية القتل، فكذلك الإطعام، ومنها أن ذلك مروي عن النبي ﷺ: «أَنَّهُ أَعْطَى المُظَاهِرَ عِذْقاً فِيهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً، وَقَالَ: **أَطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً**»، وهذا حديث صحيح ذكره الترمذي في مسنده[٤].

---

(١) متفق عليه، أخرجه بنحوه البخاري: ٢/ ٦٤٥، في باب الإطعام في الفدية نصف صاع، من أبواب الإحصار وجزاء الصيد في صحيحه، برقم (١٧٢١) ولفظه: (**فصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع**)، ومسلم: ٢/ ٨٥٩، في باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ووجوب الفدية لحلقه وبيان قدرها، من كتاب الحج، برقم (١٢٠١).

(٢) قوله: (شيء من) ساقط من (ش١).

(٣) في (ش١): (أنه إذا كان آيتان مطلقة ومقيدة).

(٤) سبق تخريجه، ص: ١٧٠١.

فصل

[فيما يجزئ في كفارة الظهار من الطعام]

واختلف في الجنس الذي يطعم، فقال في المدونة: من عيش أهل البلد[١].

وقال في كتاب محمد وابن حبيب: من عيش المكفر[٢].

وقال ابن حبيب: إلا أن يأكل الشعير بخلاً وشحّاً على نفسه[٣] من غير ضيق، ومثله مستطيع على[٤] القمح، فلا يجزئه[٥].

والقول أن المراعى قوت المكفر أحسن؛ لقول الله سبحانه: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾، والخطاب يتوجه للمكفر وأهله[٦]، ويفترق الجواب في الإدام، فعلى القول: إنها مدان كفدية الأذى- يجزئه إن أخرج مدين تمراً أو شعيراً إن كان ذلك عيشه من غير إدام، وعلى القول إنه مُدٌّ بمد النبي ﷺ - يخرج معه الإدام إذا كان يشبع أهل الموضع المد والإدام. وإن كان يشبعهم دونه، وفي ريعه ما يؤتدم به أجزأه، وكذلك قوله في مد هشام- وهو الشبع الذي لا يعدله-[٧] يخرج من كان عيشه الشعير أو التمر غاية شبعهم منه، وإن كان قوم[٨] غاية شبعهم أكثر من[٩] مد هشام زادهم ويكون عليه الإدام بعد

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٧.

(٣) قوله: (بخلاً وشحاً على نفسه) زيادة من (ش١).

(٤) قوله: (مستطيع على) يقابله في (ش١): (يأكل).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٢.

(٦) قوله: (وأهله) يقابله في (ش١): (وتضمن إطعام أهله).

(٧) إلى هنا نهاية السقط من (ق١٠).

(٨) قوله: (قوم) ساقط من (ح).

(٩) قوله: (أكثر من) يقابله في (ح): (فوق).

ذلك، وإن كان غاية شبعهم دون مد هشام لم يكن عليه أكثر من الشبع.

فصل

[فيما لا يجزئ في كفارة الظهار من الأطعمة]

قال ابن القاسم: ولا يجزئه الدقيق ولا السويق في كفارة الظهار ولا في صدقة الفطر[١] ولا في شيء من الكفارات، قال: فإن أطعم في الكفارات من[٢] الذي هو عيشهم أجزأه[٣]. يريد[٤]: إذا أخرج الدقيق بغير ريعه، فإن أخرجه بريعه أجزأه، وقد[٥] أحسن؛ إذ كفاهم مئونة الطحين[٦]، ومحمل قوله في السويق/ إذا لم يكن ذلك عيشهم، وقد قال: إن أطعم في الكفارات: من الذي هو عيشهم أجزأ[٧]، فدخل في ذلك السويق وغيره، وإنما اختلف[٨] هل هو قوته أو قوت أهل[٩] البلد؟

(ب) ٢٩١/أ

وإن أطعم مائة وعشرين مسكيناً نصف مد نصف مد[١٠] نظر هل ذلك قائم بأيديهم أو أفاتوه، أو غابوا[١١] أو غاب بعضهم؟ فإن كان قائماً[١٢] بأيديهم،

---

(١) قوله: (الفطر) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (من) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (قال: فإن أطعم في الكفارات... أجزأه) ساقط من (ش١). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٢٤.

(٤) في (ش١): (وهذا).

(٥) في (ق ١٠) و(ش١): (وهو).

(٦) في (ش١): (الطحن).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٤.

(٨) قوله: (وإنما اختلف) يقابله في (ح): (ثم ينظر).

(٩) قوله: (أهل) ساقط من (ح).

(١٠) قوله: (نصف مد) ساقط من (ح)، وفي (ش١): (لكل).

(١١) قوله: (أو غابوا) زيادة في (ق ١٠).

(١٢) قوله: (كان قائماً) يقابله في (ق ١٠): (أدركهم وذلك).

وعلم أنه من كفارة عن ظهار- انتزع من ستين منهم، وأكمل لستين، والانتزاع بالقرعة؛ لأنه ليس أحدهم أحق بالانتزاع من الآخر، وإن أفاتوه أَكْمَلَ لستين منهم، ولم يُغَرِّم من أفات منهم[1] شيئاً، وإن غابوا استأنف الكفارة، وإن غاب بعضهم وأدرك بعضاً فإن أدرك[2] ثلاثين أكمل لهم[3]، واستأنف ثلاثين.

وإن أدرك تسعين، وذلك قائم بأيديهم- انتزع من ثلاثين بالقرعة، وأعاده على ثلاثين، وأكمل الباقي. وإن أطعم جميع الكفارة ثلاثين، ثم أدركهم وذلك بأيديهم- انتزع نصف ما أعطاهم[4]، وأعطاه لثلاثين غيرهم، وإن أفاتوه أو غابوا أطعم ثلاثين.

قال ابن القاسم: فإن أطعم ثلاثين مسكيناً حنطة، ثم ضاق السعر، وصار عيش الناس في الشعير والتمر- أجزأه أن يطعم ثلاثين مسكيناً من الذي صار عيش الناس، قال: وكذلك إن أطعم ثلاثين مسكيناً الحنطة، ثم خرج إلى بلد عيشهم الشعير أو التمر، فأطعم هناك مما هو عيش ذلك البلد أجزأه، قال سحنون: إذا لم يتعمد الخروج لإرادة الكفارة، قال ابن القاسم: ولو أطعم ثلاثين مسكيناً ثم لم يجد عنده في بلادهم[5] غيرهم فليبعث به إلى بلد آخر[6].

قال في رواية العسال[7]: إذا لم يحط عن نفسه مؤونة، وقد تضمنت هذه

---

(١) قوله: (منهم) زيادة من (ح).
(٢) قوله: (بعضاً فإن أدرك) زيادة في (ق ١٠).
(٣) قوله: (لهم) ساقط من (ح).
(٤) قوله: (ما أعطاهم) يقابله في (ق ١٠): (ذلك).
(٥) قوله: (عنده في بلادهم) زيادة في (ق ١٠).
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٥.
(٧) قوله: (في رواية العسال) ساقط من (ح).

الأسئلة أن الكفارة عن الظهار ليست على الفور، وأنه ليس المراعى عيش المكفر في نفسه[١].

فإذا ضاق السعر عن الناس، وكان هو من أهل اليسار، ولم ينتقل عيشه عن القمح- أخرج شعيراً، وعلى القول الآخر[٢] يخرج القمح، وعكسه أن ينتقل عيش المكفر وحده إلى الشعير، فلا يجزئه على قول[٣] ابن القاسم إلا القمح، لأنه عيش البلد[٤] وعلى القول الآخر يجزئه[٥] الشعير؛ لأنه قوته، وعلى القول الآخر[٦] إن الكفارة على الفور- لا يجزئه إلا الصنف الذي كان[٧] يأكله أهل البلد أو يأكله أهله في وقت وجبت[٨] الكفارة، فإن كان الأول أجود كان ذلك عليه وإن كان اليوم معسراً، وإن كان ذلك أدنى أجزأه وإن انتقل حاله إلى ما هو أرفع[٩]، وقد تقدم قول ابن القاسم: إذا وجبت عليه الكفارة عن ظهار، وهو موسر فلم يعتق حتى أعسر، فصام ثم أيسر- إنه يعتق[١٠].

وكذلك إذا خرج إلى بلد آخر، فعلى القول: إن الكفارة ليست على الفور،

---

(١) قوله: (في نفسه) زيادة في (ق ١٠).

(٢) قوله: (القول الآخر) يقابله في (ق ١٠): (قول محمد وابن حبيب).

(٣) قوله: (على قول) يقابله في (ق ١٠): (عند).

(٤) قوله: (لأنه عيش البلد) زيادة في (ق ١٠).

(٥) في (ق ١٠): (يخرج).

(٦) قوله: (الآخر) زيادة من (ح).

(٧) قوله: (كان) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (في وقت وجبت) يقابله في (ق ١٠): (ذلك الوقت ثم وجبت).

(٩) قوله: (وإن كان ذلك أدنى أجزأه وإن انتقل حاله إلى ما هو أرفع) يقابله في (ق ١٠): (وإن كان اليوم أرفع وأجود لم يكن عليه سوى الأدنى الذي وجب).

(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٩.

يخرج من جنس البلد الذي خرج منه إلى بلد آخر، فعلى القول[1] إن المراعى قوت الأهل- يخرج قوت أهله الذي يأكلونه بالبلد الذي خرج عنه، إلا أن يخرج معه أهله؛ فيخرج من الذي يأكل أهله من البلد الذي هو فيه[2] الآن، وعلى القول: إنها على الفور- يخرج من الصنف الذي كان يخرجه لو لم يخرج وقت[3] حنث، وكذلك إذا لم يخرج، ولم يجد تمام المساكين؛ فإنه يبعث بالصنف الذي كان[4] يجب عليه ببلده.

فصل

[في صفة من يصرف له طعام الكفارة]

الإطعام يصرف إلى من كان حرّاً مسلماً فقيراً، لا يلزم المكفر الإنفاق عليه، فإن انخرم شيء من هذه الشروط الأربعة لم يجزئه، وإن دفعها[5] إلى عبد أو نصراني انتزعت إن كانت قائمة، وغرم مثلها إن كانت فائتة إذا أكلها أو صون بها ماله، وإن ضاعت بأمر من السماء[6] لم يغرم منها[7] إلا أن يكون عالماً[8] أنها كفارة، وغر من

---

(١) قوله: (يخرج من جنس...فعلى القول) زيادة في (ق ١٠).

(٢) قوله: (يأكل أهله من البلد الذي هو فيه) ساقط من (ح)، وفي (ق١٠): (يأكله في ذلك البلد).

(٣) في (ق١٠): (وقد).

(٤) قوله: (كان) زيادة في (ق١٠).

(٥) في (ح): (دفعه).

(٦) في (ح): (بأمر من الله تعالى).

(٧) قوله: (انتزعت إن كانت قائمة... بأمر من السماء لم يغرم منها) يقابله في (ق١٠): (انتزعت منهما إن كانت قائمة وأغرما مثلها إن كانت فائتة إذا أكلاها أو صونا بها أموالهما، ولا شيء عليهما إذا فاتت بأمر من السماء ولا انتفعا بها ولا بالعوض عنها).

(٨) في (ق١٠): (يكونا عَلِمَا).

نفسه[١] وأظهر أنه حر أو مسلم[٢]؛ فيغرمها النصراني، ويختلف في العبد هل تكون جناية في رقبته أو ذمته[٣]؟ وإن أُعطيَتْ مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد أو معتقاً إلى أجل- لم تجزئ، وقد تقدم ذلك في كتاب النذور بأتم من هذا[٤].

فصل[٥]

[فيمن أخذ في الصيام ثم قدر على العتق]

وقال مالك في المظاهر: يصوم يوماً أو يومين، ثم يجد رقبة: فليعتق أحبّ إليّ، وإن صام أكثر من ذلك تمادى في صومه[٦].

وقال ابن الماجشون في كتابه[٧]: إن صام أكثر صومه، ثم وجد رقبة، فأحب ترك الصوم- كان ذلك له، وإنما هو شيء تطوع[٨] يزيده على نفسه، وهذا صحيح، ولم يمنع مالك أن يرجع إلى العتق إذا صام أكثر صومه، وإنما استحب إذا صام اليوم واليومين أن يرجع إلى العتق[٩]؛ كالذي يأمره بذلك، ويكره له التمادي، ولا يُوجَبُ ذلك عليه[١٠] فإذا صام ما له قدر وبال لم يكره له التمادي[١١].

---

(١) في (ق١٠): (فغرا من أنفسهما).

(٢) في (ق١٠): (هذا أنه حر والآخر أنه مسلم).

(٣) قوله: (أو ذمته) زيادة من (ش١).

(٤) قوله: (وقد تقدم ذلك في كتاب النذور بأتم من هذا) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (فصل) ساقط من (ش١).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٩.

(٧) في (ب) و(ش١) و(ق١٠): (سحنون في كتاب ابنه).

(٨) قوله: (تطوع) ساقط من (ح).

(٩) قوله: (إلى العتق) زيادة في (ق١٠). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٣.

(١٠) قوله: (ولا يُوجَبُ ذلك عليه) زيادة في (ق١٠).

(١١) في (ق١٠): (كان له التمادي).



باب
فيمن ابتدأ الصوم أو الإطعام[1] والزوجة في عصمته، وأتمها بعد الطلاق في العدة أو بعد انقضائها



الكفارة قبل العودة غير جائزة، وبعد العودة وقبل الوطء جائزة.

واختلف هل هي واجبة أو لا[2]، وهل من شرطها أن يؤتى بها والزوجة في العصمة؟ فإن وطئ وجبت قولاً واحداً، وصح أن يؤتى بها والزوجة في العصمة[3]، وبعد أن تبتدئ في العدة/ وبعد انقضائها[4]؛ فتجب وإن لم يطأها على أحد قولي مالك: إن العودة: العزم على الإمساك أو العزم على الوطء، وعلى هذا يصح ما ذكره محمد عنه أنها لا تسقط، وإن طلق أو ماتت قبل أن يطأ؛ فيجب أن يُكَفِّرَ بعد الطلاق وإن لم يرتجع، وأما على قوله: إن العودة الوطء؛ فلا تجب إذا عزم على الوطء ثم بدا له ألا يفعل، وإن طلق قبل الوطء[5] أو ماتت- لم يكن عليه شيء، وعلى هذا القول يكون من شرطها أن يؤتى بها والزوجة في العصمة، وإن كَفَّرَ بعد أن بانت منه لم تجزئه؛ لسقوط موضع العودة.

(ب) ٢٩١/ب

---

(١) في (ب)، (ح): (الكفارة والإطعام).

(٢) قوله: (أو لا) زيادة في (ق١٠).

(٣) قوله: (فإن وطئ وجبت قولاً واحداً، ... في العصمة) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (تبتدئ في العدة وبعد انقضائها) يقابله في (ق١٠)، (ش١): (تبين كانت في العدة أم لا).

(٥) قوله: (الوطء) ساقط من (ش١).

واختلف على هذا القول في ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا ابتدأ الصوم والإطعام قبل الطلاق، وأتم ذلك بعد الطلاق، وبعد انقضاء العدة.

والثاني: إذا لم يتم بعد انقضاء العدة، ثم تزوجها؛ هل يتم على ما كان من الإطعام[١].

والثالث: هل يبتدئ الكفارة- بالصوم أو الإطعام-[٢] بعد الطلاق وهي في العدة من طلاق رجعي؟ فقال ابن نافع في المدونة: إذا ابتدأ الكفارة وهي زوجة فأتمها بعد الطلاق وبعد انقضاء العدة -تجزئه؛ لأَنَّه ابتدأ وهي زوجة، وهو ممن له العودة. وقال ابن القاسم: ليس عليه أن يتم الكفارة[٣]. ولم يقل: لا تجزئه إن فعل[٤]، وظاهر قوله[٥] أنها تجزئه إن فعل، ولا تجب عليه[٦] مثل قول ابن نافع.

وقال محمد: لا[٧] تجزئه إذا أتمَّ في العدة من طلاق بائن أو بعد انقضائها[٨]. فإن تزوجها بعد ذلك، وكانت كفارته بالصيام- استأنفه؛ لأَنَّ الصيام لا يكون إلا متتابعاً، وإن كانت بالإطعام أجزأه أن يتم على ما كان

---

(١) في (ق١٠): (ما كان أطعم)، وفي (ش١): (ما كان إطعاماً).

(٢) من هنا سقط من (ق١٠) بمقدار لوحة.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣١.

(٤) قوله: (إن فعل) ساقط من (ش١).

(٥) في (ح): (قول مالك)، وفي (ش١): (قولها).

(٦) قوله: (عليه) ساقط من (ح).

(٧) قوله: (لا) ساقط من (ح).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٧.

أطعم عند مالك وابن القاسم وابن وهب، ولم تجزئه عند أشهب، وعليه أن يستأنف الكفارة، والأول أبين.

قال محمد: ولو كان الطلاق رجعياً فأتم الكفارة في العدة- أجزأت عنه إن[1] ارتجعها بعد ذلك، أو تركها حتى بانت[2].

واختلف هل يبتدئ الكفارة وهي في عدة من طلاق رجعي؟ فقال مالك في كتاب محمد: يرتجع ثم يُكَفِّرُ. قال أشهب: فإن كفر قبل أن يرتجع وقبل أن تبين منه فذلك جائز[3].

وقال أحمد بن المعذل[4]: لا تجزئه الكفارة قبل أن يرتجع؛ لأن موضع الكفارة إنما هو أن يعود إلى الإمساك والإصابة، وهذه في العدة دانية تدنو من أجلها الذي يخرجها من يده، ولا يكون عائداً إلا أن يرتجعها، قال: فإن ظاهر منها لزمه الظهار لقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [المجادلة: ٣] فالمعتدة من نسائه، وفرق بين عقد الظهار والكفارة؛ لأنه كَفَّرَ قبل أن يُجْمِعَ على الإمساك وقبل أن يُجْمِعَ[5] على الوطء، ولو لم يطلق المظاهر وأجمع على الطلاق، وقال: أكفر الآن ثم أطلقها؛ فإن تزوجها بعد ذلك لم يكن على ظهار- لم تجزئه الكفارة إلا بعد عودة[6]؛ لأن تلك لا تُعَدُّ[7] عودة، وفي عقد

---

(١) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٧.

(٤) في (ب): (محمد بن المعذل).

(٥) قوله: (على الإمساك وقبل أن يجمع) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (إلا بعد عودة) زيادة من (ش١).

(٧) قوله: (لأن تلك لا تُعَدُّ) يقابله في (ح): (لأن ذلك لا يكون إلا بعد)، وفي (ش١): (وتلك لا تعد).

الظهار في العدة نَظَرٌ؛ لأنها قبل أن ترتجع عليه كظهر أمه على قول مالك أنَّ الرجعة تفتقر إلى نيةٍ، وهذا هو الظاهر من قول أبي الفرج؛ لأنه قال فيمن قال لزوجته: أنت طالق، وأنت عليَّ كظهر أمي: وقع عليه[1] الطلاقُ دون الظهار، ولم يفرق بين أن يكون مدخولاً بها أم لا.

وقال محمد[2] فيمن قال: أنت عليَّ كظهر أمي، ثم أخذ في الكفارة، فلم يتمها حتى قال: أنت عليَّ كظهر أمي، قال: يبتدئ الكفارة من الثاني وتجزئه. قال: وقيل: بل يتم الأولى ويبتدئ، وقال محمد: إذا مضى يومان أو ثلاثة أجزأه لهما[3]؛ لأنَّه قال: ما تفاوت منه، فإن بقي شيء يسير أتمه وابتدأ[4].

وقال أصبغ في العتبية: يلغي ما صام، ويبتدئ صوم كفارة واحدة، وسواء صام من الأولى يسيراً أو كثيراً[5].

والقول إنه يبتدئ، والقول إنه يتم ويبتدئ يرجع إلى شيءٍ واحد، وهو أنه بالخيار بين أن يبتدئ أو يتم ثم يبتدئ، وليس يريد: أنه يجب عليه أن يتم ثم يبتدئ، وقول أصبغ هو الأصل أن يبتدئ حيثما كان من صومه، وإن أتمَّ وابتدأ فقد[6] أحسن، وإليه يرجع القولان، وليس الخلاف إلا في موضعٍ واحد، وهو قول محمد: أنه إذا مضى أيسره أتم وأجزأه.

---

(١) قوله: (عليه) زيادة من (ش١).

(٢) في (ح): (مالك).

(٣) قوله: (لهما) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٤.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٩٩.

(٦) في (ح): (فهو).

فصل

[فيمن أعتق أربعة أعبد]

وإن أعتق أربعة أعبد عن أربع نسوة؛ كان الجواب على أربعة أوجه: فإن عين كل رقبة عن كل امرأة أجزأه.

وكذلك إذا لم يعين، ونوى واحدةً عن واحدةٍ؛ أجزأه[١]. وإن أشرك في كل رقبة لم يجزئه.

واختلف إن أطلق[٢] ولم يعين ولم يشرك، فقال ابن القاسم: يجزئه[٣].

واختلف فيها عن أشهب هل يجزئه أم لا[٤]؟ وأن يجزئ أحسن؛ لأن القصد أن يعتق رقبة عن كل[٥] امرأة ولا يشرك، وإن صام ثمانية أشهر، وعين كل شهرين عن امرأة أو نوى بكل شهرين امرأة واحدة ولم يعينها- أجزأه، وإن أشرك في كل يوم لم يجزئه، وإن أطلق ذلك- كان على الخلاف، ويختلف أيضاً إذا أشرك في كل شهر، وليس في اليوم الواحد فقيل: لا يجزئه ويستأنف جميع صومه.

وقال ابن حبيب فيمن صام شعبان ورمضان عن ظهاره، وأفطر يوم الفطر- إنه يتم صومه[٦] في شوال ويجزئه[٧]. وعلى هذا يجزئ من ظاهر من

---

(١) قوله: (أجزأه) زيادة من (ش١).

(٢) في (ش١): (إذا طلق).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٥.

(٥) قوله: (كل) زيادة من (ش١).

(٦) في (ح): (أنه يصومه).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٥٩.

امرأة واحدة فصام أربعة أشهر؛ يوماً عن ظهاره، ويوماً تطوعاً حتى أتم؛ لأنه لم يخفف عن نفسه، ولم يتخلله ما يضاده بل أتى به على صفة هي أشق، وإن فعل ذلك جهلاً- كان أعذر مما قاله مالك فيمن صام ذا القعدة وذا الحجة.

وإن كان من أهل الاجتهاد، ورأى أن ذلك جائز- أجزأه، وكذلك الإطعام يجزئ إذا عين أو نوى رفع/ الاشتراك وإن لم يعين، ولا يجزئ إذا أُشْرِكَ في كلِّ مسكينٌ.

(ب) ٢٩٢/أ

وقال أشهب في كتاب محمد: إن أعتق أربعاً عن الأربع أجزأه، وإن أعتق اليوم رأسين وغداً رأسين لم يجزئه، وإن أعتق ثلاثة وأطعم ستين مسكيناً في مجلسٍ- لم يجزئه[1].

ومحمل قوله أنه أعتق رأسين عن الأربع ثم رأسين، أو أعتق الثلاثة عن الأربع ثم أطعم.

وإن ظاهر من امرأتين، ثم أعتق عنهما رقبتين، فعَيَّنَ واحدة عن إحدى المرأتين وأَبْهم الأخرى، حَلَّتِ التي عَيَّنَ، تقدمتْ أو تأخرتْ، ويفترق الجواب في التي أَبْهم؛ فإن تقدمت- سقط حكمها، وكأنه لم يُكَفِّرْ تلك الكفارة، وإن تأخرت- أجزأت عن التي بقيت، وإن لم يكن عين عنها؛ لأنه لما سقط الظهار عن الأولى بالتعيين[2] صار بمنزلة من لم يظاهر إلا عن واحدةٍ ثم أعتق.

وقال محمد: ولو نوى بالعتق واحدةً ثم نسيها لم يبالِ، ويُكَفِّر عن الباقية[3].

يريد: قبل أن يصيب واحدة منهما بعتق رقبة، وينوي بها التي لم يعين.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٥.

(٢) في (ش١): (بالتقدم).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٥.

وقال ابن القاسم: إن أعتق ثلاثاً عن ثلاثٍ، ولم يعين- لم تحل له[1] واحدة منهن حتى يعتق الرقبة الرابعة، وكذلك إن ماتت واحدة أو طلقها لم تحل واحدة من الباقيات حتى يعتق رقبة ولو صام ستة أشهر عن ثلاث ثم ماتت واحدة أو طلقها لم تحل له واحدة منهن حتى يصوم شهرين[2].

وإذا أشرك في كل شهرين، وليس في كل يوم- أجزأه على أحد القولين وسقط حظ الميتة من ذلك الصوم، وصام شهراً ونصفاً، وإن أطعم عن ثلاث ثم ماتت واحدة أو طلقها- لم تحل له واحدة منهن حتى يطعم ستين مسكيناً.

وقال ابن القاسم فيمن ظاهر من أربع نسوة ظهاراً واحداً ولم ينو واحدة[3] فكفَّر عن واحدةٍ: إنها تجزئه عن جميعهن، ويسقط الظهار عمن لم ينو[4] منهن، وإن جامع التي لم ينو الصيام عنها في خلال صومه- فسد الصيام عن التي نواه عنها[5]. وهذا أحسن؛ أن يجزئ عن التي لم ينو الصيام عنها[6] إذا كان قد نوى العودة فيها.

---

(١) قوله: (له) زيادة في (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٣.

(٣) قوله: (ولم ينو واحدة) زيادة في (ح).

(٤) قوله: (لم ينو) يقابله في (ح): (ينوي).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٣.

(٦) نهاية السقط من (ق١٠).

باب



جامع الظهار وما يحرم من المظاهر منها وما يحل

المظاهر فيما يحل له من زوجته ويحرم[١] ويكره- على ستة أوجه:

أحدها: الوطء. والثاني: التقبيل[٢] والمباشرة.

والثالث: المضاجعة. والرابع: نظره إلى شعرها.

والخامس: نظره إلى وجهها. والسادس: هل تخدمه أو تساكنه.

فأما الوطء فممنوع بالقرآن، قال مالك: يجب على المرأة أن تمنعه نفسها، وإن خشيت منه، حَالَ السلطانُ بينه وبينها[٣].

واختلف فيما سوى الإصابة، فقال مالك في المدونة: لا يقبِّل ولا يلمس[٤] ولا يباشر، ولا ينظر إلى صدرها ولا شعرها، حتى يكفر؛ لأنَّ ذلك لا يدعو إلى خير[٥].

فجعل المنع من ذلك حمايةً وخوفاً أن يواقعها؛ فإنْ فعل فقبَّل أو باشر فلا شيء[٦] عليه.

وقال ابن الماجشون: إن قَبَّلَ أو باشر في شهري صيامه[٧]- قطع[٨]

---

(١) قوله: (ويحرم) ساقط من (ق١٠).

(٢) في (ش١): (القبلة).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٤، ٣٣٥.

(٤) قوله: (ولا يلمس) ساقط من (ش١).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٤.

(٦) في (ق١٠): (فلا كفارة).

(٧) في (ق١٠): (ظهاره)، وفي (ش١): (الصيام).

(٨) في (ش١): (انقطع).

التتابع[١]. وجعله محرماً؛ له حكم الوطء، وتتعلق به الكفارة.

ويختلف على هذا في المضاجعة، فعلى قول مالك يمنع حماية، وعلى قول عبد الملك يحرم ذلك عليه[٢]، وإن فعل كَفَّرَ إذا التقى الجسمان؛ لأنه يجد اللذة بذلك، قال مالك: ولا يرى شعرها، قيل: فوجهها؟ قال: قد ينظر غيره إلى وجهها[٣].

وأجاز ابن القاسم في العتبية أن ينظر إلى شعرها، قال: ولا بأس أن تخدمه وتستتر منه[٤].

وقال محمد: لا يلتذ منها بنظرة لشهوة. فمنع مرة النظر إلى شعرها، وإلى وجهها على وجه التلذذ؛ حمايةً، وأجازه مرةً، بخلاف القُبْلَةِ؛ لأن الخوف على من لم يمس الجسم أخف ممن يمس، إلا لمن يعلم أنه يخشى على نفسه عند النظر من غير مماسة[٥]، فيمنع من ذلك، وأمَّا على قول عبد الملك إن المحرم الوطء وغيره؛ يحرم عليه النظر لشهوة، فإن فعل كَفَّرَ، ويمنع النظر بغير شهوة إلى الوجه؛ حمايةً أن يقع في اللذة، وقد يتخرج هذا على القول إن الظهار كان مكان الطلاق؛ فيمنع من كل ما يمنعه الطلاق،

---

(١) ما وقفت عليه من نص النوادر: «وقال أصبغ: إن قبلها في شهري صيام الكفارة فلا شيء عليه وقاله سحنون بعد أن كان يقول بقول عبد الملك أن ذلك يقطع التتابع». انظر: النوادر: ٥/ ٣٠١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠١.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٤، ٣٣٥.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٨٢.

(٥) قوله: (من غير مماسة) ساقط من (ح).

وتجب[1] الكفارة بكل ما لا يباح إلا مع بقاء العصمة، وأجاز في المدونة أن يساكنها، وأن يكون معها في بيت[2]. واجتناب ذلك أولى، وإن علم أنه أرادها أُخرج من جملة الدار قولاً واحداً.

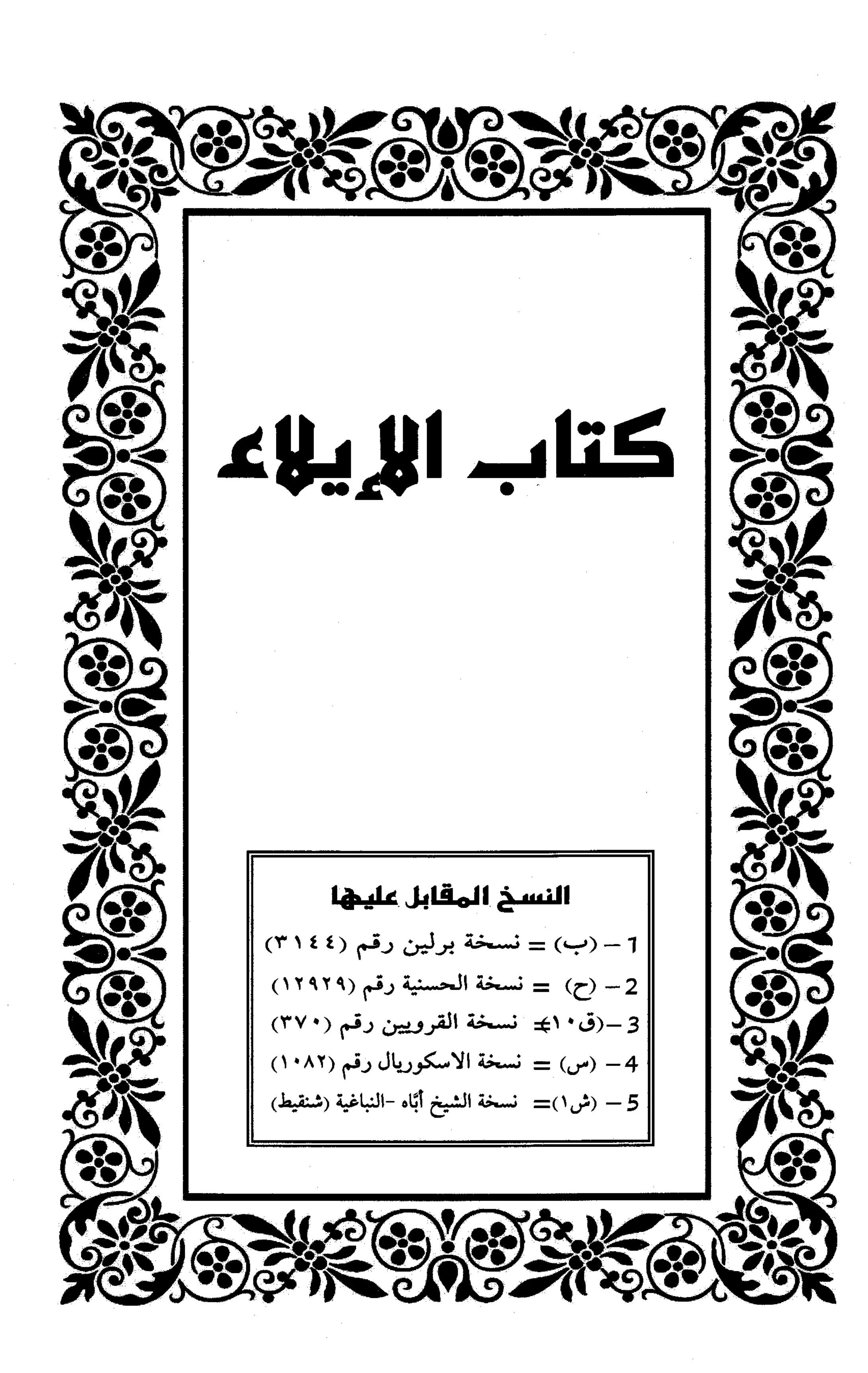
تمَّ كتاب الظهار، والحمدُ لله حقَّ حمده، صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم[3].

(١) في (ش١): (يوجب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣١٦.

(٣) قوله: (تمَّ كتاب الظهار، والحمدُ لله حقَّ حمده، صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم) ساقط من (ش١).





كتاب الإيلاء

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 –(ق١٠)= نسخة القرويين رقم (٣٧٠)

4 – (س) = نسخة الاسكوريال رقم (١٠٨٢)

5 – (ش١)= نسخة الشيخ أبّاه -النباغية (شنقيط)



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على محمد وعلى آله

كتاب الإيلاء



باب

في الإيلاء وصفته ومن حلف ألا يغتسل من امرأته من جنابة أو حلف ألا يكلمها أو لا يبيت عندها[(١)]

(ب) ٢٩٢/ب

/ الأصل في تعلق حق الزوجة في الإصابة، وأن لها أن تقوم بالطلاق عند امتناع الزوج من ذلك قول الله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦-٢٢٧] والإيلاء: الحلف، ولا يختص بشيء بعينه، قال الله عز وجل: ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ وَٱلسَّعَةِ ...﴾ الآية [النور: ٢٢]، والمراد به في الآية[(٢)] الأولى اليمين على ترك وطء الزوجة، وقال مالك فيمن حلف ألا يطأ زوجته أربعة أشهر ليس بمولٍ، فإن زاد على ذلك بيومين[(٣)] فهو مولٍ[(٤)].

قال الشيخ رحمه الله: ترك الرجل وطء زوجته على ثلاثة أوجه: بيمين مطلقة غير مقيدة بوقت، ومقيدة[(٥)]، وبغير يمين[(٦)].

فإن كان بيمين مطلقة[(٧)] كان لها وقفه عند[(٨)] انقضاء الأربعة

---

(١) قوله: (أو حلف... عندها) ساقط من (ح) و(س).
(٢) في (ش١): (بالآية).
(٣) قوله: (بيومين) ساقط من (ح) و(س).
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٦.
(٥) قوله: (ومقيدة) ساقط من (ح) و(س).
(٦) في (ش١): (بيمين مطلق غير مقيد بوقت، ومقيد، وبغير يمين).
(٧) في (ش١): (مطلق).
(٨) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (عنه).

أشهر[١]، وإن كان مقيداً بأجل، وكان ذلك الأجل أربعة أشهر؛ كان حكمه حكم من ترك الوطء بغير يمين[٢].

واختلف إذا زاد على أربعة أشهر[٣] زيادة يسيرة، اليوم واليومين.

وقال آخرون: حتى تنقضي[٤] هذه[٥] الزيادة، ولا أحنث أو كانت الزيادة كثيرة، وقال: أنا أفيء[٦] فهل تطلق عليه عند الأربعة الأشهر[٧] إذا لم يصب الآن أو يؤخر؟

واختلف أيضاً إذا ترك ذلك بغير يمين هل توقفه[٨] عنه الأربعة أشهر؟ وبيان ذلك مذكور فيما بعد.

وقال ابن القاسم فيمن حلف ألا يغتسل من امرأته من جنابة: هو مولٍ، قال:[٩] لأنه لا يقدر على الجماع إلا بكفارة[١٠]. وقوله هذا محتمل أن يريد[١١]: أنه يحنث بنفس الإصابة؛ لأن القصد باليمين ألا يصيب، أو لا يحنث إلا بالغسل؛ لأنه الوجه الذي علق الحنث به، فيكون قبل الإصابة بمنزلة من وقف خوف أن يصيب؛ فتنعقد[١٢] عليه يمين، فيختلف فيه هل

---

(١) في (ش١): (الأشهر).
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤١.
(٣) قوله: (أربعة أشهر) في (ق١٠) و(ش١): (الأربعة).
(٤) قوله: (تنقضي) في برلين (تنقص).
(٥) قوله: (هذه) زيادة من (ش١).
(٦) قوله: (وقال آخرون: حتى تنقضي... وقال: أنا أفيء) ساقط من (ح) و(س).
(٧) قوله: (بعد أربعة أشهر) يقابله في (ب) و(ح) و(س): (بعد أربعة أشهر)، وفي (ق١٠): (عند الأربعة أشهر).
(٨) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (توقف).
(٩) قوله: (قال:) ساقط من (ق١٠).
(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٦.
(١١) في (ش١): (أنه يريد به).
(١٢) في (ش١): (فينعقد).

يكون مولياً قبل الإصابة أم لا؟

فصل

[فيمن آلى بحج أو عمرة أو صوم]

وقال ابن القاسم فيمن آلى بحج أو عمرة أو صوم: هو مولٍ[(١)]. يريد: إذا كانت[(٢)] اليمين بمضمون من ذلك، وأما إن عين فآلى[(٣)] بحج هذا العام، وكان من أهل مكة أو المدينة، وكان[(٤)] بينه وبين الوقفة أربعة أشهر فأقل فليس بمولٍ، وإن كان أكثر كان مولياً.

وإن كان من غير أهل[(٥)] هذين الموضعين، وكان بينه وبين خروج الناس أربعة أشهر فأقل فليس بمولٍ وإن كان أكثر كان مولياً[(٦)]، فإن لم يخرج حينئذ[(٧)] لأنه لم يجد رفقة يخرج فيها؛ فليس بمولٍ، وسواء كانت مسافة الوصول أربعة أشهر أو أكثر؛ لأنه إذا فاته خروج الناس سقط الوفاء بالحج في ذلك العام[(٨)]، وصار بمنزلة من حلف بحج في عام ذاهب، ولأنه لو حلف بعد خروج الناس بحج ذلك العام لم يكن مولياً، وإن كان حين يمينه بينه وبين خروج الناس أكثر من أربعة أشهر كان مولياً، وإن لم تقم به الزوجة إلا بعد خروج الناس لم يكن مولياً، وإن آلى بعمرة في شهر بعينه وهو بمكة وبينه وبين انقضاء ذلك الشهر أربعة أشهر لم يكن مولياً، وإن كان[(٩)] أكثر كان مولياً، وإن

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٦.

(٢) في (ش١): (كان).

(٤) في (ق١٠): (فقال)، وفي (ش١): (قال).

(٤) قوله: (كان) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (أهل) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٦) قوله: (فليس بمولٍ... مولياً) ساقط من (ب).

(٧) قوله: (فإن لم يخرج حينئذ) زيادة من (ب) و(ش١).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤١.

(٩) قوله: (حين يمينه بينه وبين خروج الناس أكثر ... وإن كان) ساقط من (ش١).

كان بغير مكة تراعى[1] المدة التي بينه وبين الخروج، وأن يدرك إيقاع العمرة في الوقت الذي وَقَّتَهُ، وإن[2] كان بينه وبين الخروج وأن يدرك العمرة أكثر من[3] أربعة أشهر -كان مولياً، وإن كان دون ذلك لم يكن مولياً.

وكذلك الصوم، فإن آلى أن يصوم[4] الشهر الذي هو[5] فيه، أو الثاني أو الثالث أو الرابع، أو أياماً من الخامس ما يكون تمام أربعة[6] أشهر؛ لم يكن مولياً، وإن زاد على ذلك؛ كان مولياً[7].

وقال ابن القاسم: كل من حلف ألا يطأ امرأته حتى يفعل فعلاً يقدر عليه أو لا يقدر عليه[8] -فهو مولٍ، فإن قال لزوجته: والله لا أطأك[9] حتى أمس السماء؛ فهو مولٍ، وإن قال: أنت طالق إن قربتك حتى أمس السماء؛ فهو مولٍ، وله أن يُصْبَرَ[10] عليه إلى أجل الإيلاء؛ لأن له أن يصيب فتنحل[11] عنه اليمين ثم يرتجع[12].

ويختلف إذا قال: أنت طالق البتة إن قربتك حتى أمس السماء، وهو بمنزلة من[13] قال: إن وطئتك فأنت طالق البتة.

واختلف هل يُمَكَّنُ من الإصابة؟ فمن قال: إنه يُمَكَّنُ؛ كان له أجل المولي. ومن قال: لا يُمَكَّنُ؛ كان في الصبر إلى أجل المولي[14] قولان، وبيان

---

(١) في (ش١): (فيراعى).

(٢) في (ش١): (فإن).

(٣) قوله: (العمرة أكثر من) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (أن يصوم) يقابله في (ش١): (بصوم).

(٥) قوله: (هو) ساقط من (ش١).

(٦) في (ش١): (للأربعة).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٥.

(٨) قوله: (عليه) ساقط من (ش١).

(٩) في (ح) و(س): (أقربك)، وفي (ش١): (أطؤك).

(١٠) في (ح) و(س): (وله أن تصبر عليه).

(١١) قوله: (فتنحل) في (ح) و(س): (فيحمل).

(١٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٦.

(١٣) في (ش١): (إن).

(١٤) في (ق١٠): (الإيلاء).

ذلك يأتي فيها بعد إن شاء الله.

وقال ابن القاسم فيمن قال: لا ألتقي أنا وأنت سنة، سمعت مالكاً يقول: كل يمين لا يقدر فيها صاحبها[١] على الجماع، لمكان يمينه، فهو مولٍ، فإن كان هذا لا يقدر على الجماع لمكان يمينه؛ فهو مولٍ[٢].

قال الشيخ رحمه الله: هذا مولٍ لا شك فيه؛ لأنه لا يخلو أن يكون أراد[٣] ألا يلتقيا في الفراش أو في بيت أو في[٤] دار، أو تحت سقف[٥]، وأي ذلك كانت نيته كان به مولياً؛ لأن عدم الالتقاء عدم للجماع.

فصل

[فيمن حلف ألا يكلم زوجته أو ليهجرنها وهو يصيبها]

ومن حلف ألا يكلم زوجته أو ليهجرنها وهو يصيبها -لم يكن بذلك عند مالك مولياً[٦]، فتطلق عليه عند انقضاء أجل[٧] الإيلاء، وهو من الضرر، ومما للزوجة أن تقوم بالطلاق لأجله، إلا أنه يفارق الإيلاء في الأجل؛ فتطلق على هذا إذا تبين الضرر، كان ذلك قبل أجل الإيلاء أو بعده.

والنكاح يتضمن حقوقاً للزوجة وهي: الإصابة والنفقة والكسوة وحسن العشرة، ولها أن تقوم بالفراق إذا لم يوف بأحد هذه الوجوه بعد الإعذار إليه إذا كان ممن يرجى ذلك منه، وإذا لم يرج/ طلق عليه إلا أن تكون

(ب) ٢٩٣/أ

---

(١) قوله: (صاحبها) ساقط من (ق١٠).

(٢) قوله: (فإن كان هذا... يمينه فهو مولٍ) ساقط من (ح) و(س). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٣٧.

(٣) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (يريد).

(٤) قوله: (في) زيادة من (ش١).

(٥) في (ش١): (سقيفة).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٧

(٧) قوله: (أجل) ساقط من (ق١٠).

الزوجة عالمة به[١] حين العقد بعجزه عن الإصابة أو النفقة أو الكسوة، فلا يكون لها أن تقوم بالفراق، وقد تقدم ذكر الطلاق بعدم النفقة والكسوة[٢] في كتاب النكاح الثاني[٣].

وأما حسن[٤] العشرة فالأصل في مطالبته بها ورفع الضرر[٥] جملة قول الله سبحانه[٦]: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، وقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ٢٣١]، وإن كانت الآية في المعتدّة فإنه مع بقاء الزوجية آكد، ومن حسن العشرة ألا يهجرها ولا يقطع مَبِيته عنها ولا يضربها لغير وجه يوجب ذلك له عليها، ولا يزيد في عقوبتها فوق ما توجبه الجناية[٧]، ولا يدخل عليها من لا تؤمن ناحيته، وإذا أضر بها وترك المبيت أو هجرها قدم إليه في ذلك، فإن انتهى وإلا طلق عليه، وقال مالك ويحيى بن سعيد وابن شهاب: ليس في الهجران إيلاء[٨]. أي: ليس هو في الأجل كالإيلاء؛ رداً إلى ما[٩] ذهب إليه ابن المسيب وإبراهيم والشعبي والحكم[١٠] أن كل يمين حلف بها الزوج في مساءة زوجته في جماع أو غيره فهو إيلاء وسواء بَيَّنَ الأجل[١١] في الإصابة وغيرها[١٢]. وقول مالك أحسن؛ لأن الإيلاء وإن كان الأجل فيه بالقرآن - فإنه المدة

---

(١) قوله: (به) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (وقد تقدم ذكر الطلاق بعدم النفقة والكسوة) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (الثاني) ساقط من (ح) و(س). وانظر ما مر في كتاب النكاح الثاني، ص: ٢٠٣٢.

(٤) قوله: (حسن) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٥) في (ش١): (الضرر في).

(٦) قوله: (ورفع الضرر في جملة قول الله سبحانه) في (ح) و(س): (قوله تعالى).

(٧) في (ش١): (جنايتها).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٧

(٩) قوله: (رداً إلى ما) يقابله في (ش١): (وذلك).

(١٠) قوله: (والحكم) ساقط من (ح) و(س).

(١١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (الأجلين).

(١٢) قوله: (الأجلين في الإصابة وغيرها) في (ح) و(س): (الإصابة وغيرها في الأجل).

التي[١] تلحقها فيها المضرة للزوجة[٢]، وقد ذكر أبو الحسن ابن القصار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تنشد:

تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَاسْوَدَّ[٣] جَانِبُهُ ... وَأَرَّقَنِي أَلَّا خَلِيلَ أُلَاعِبُهُ

فَوَاللهِ لَوْلَا اللهُ أَخْشَى عِقَابَهُ[٤] ... لَزُلْزِلَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَانِبُهُ

مَخَافَةَ رَبِّي، وَالحَيَاءُ يَكُفُّنِي ... وَأُكْرِمُ زَوْجِي أَنْ تُنَالَ مَرَاكِبُهُ

ولكن تقوى الله عن ذا يصدني ... وحفظا لزوجي أن تنال مراتبه[٥]

فدعاها عمر فقال لها: وَأَيْنَ زَوْجُكِ؟ فقالت: بَعَثْتَهُ[٦] إِلَى الْغَزْوِ، فدعا نسوة فقال: فِي[٧] كَمْ تَشْتَاقُ الْمَرْأَةُ إِلَى زَوْجِهَا؟ فقلن: في شهرين، ويقل الصبر في ثلاثة، وعدم[٨] الصبر في أربعة، فجعل مغازي الناس في[٩] أربعة أشهر[١٠].

فعلم أن هذه المدة هي التي[١١] تعظم فيها المضرة على المرأة، وإذا كان ذلك لم يلحق به غيره من الإيلاء إذا اختلفت المضرة، فقد تلحق المضرة في الهجران في شهرين فلا يؤخر[١٢] إلى أربعة، ولا يلحقها إلى[١٣] سنة، فلا يعجل في أربعة، وقال ابن القاسم في العتبية فيمن حلف أن[١٤] لا يدخل لامرأته نهاراً: لم تطلق

---

(١) قوله: (التي) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (للزوجة) ساقط من (ب) و(ش١).

(٣) في (ش١): (واخضر).

(٤) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (أَنِّي أُرَاقِبُهُ).

(٥) هذا البيت زيادة من (ش١).

(٦) قوله: (بعثته) في (ح) و(س): (له بعث).

(٧) في (ش١): (كم).

(٨) في (ب) و(ش١): (ويعني).

(٩) قوله: (في) زيادة من (ش١).

(١٠) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ٧/ ١٥١، في باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق، من كتاب الطلاق، برقم (١٢٥٩٣)، والبيهقي في السنن الكبرى: ٩/ ٢٩، في باب الإمام لا يجمر بالغزى...، من كتاب السير، برقم (١٧٦٢٨).

(١١) قوله: (التي) ساقط من (ش١).

(١٢) في (ش١): (تؤخر).

(١٣) في (ب): (ولا يلحقها إلا في)، وفي (ش١): (أو لا تلحق إلا في).

(١٤) قوله: (أن) زيادة من (ش١).

عليه[١]. يريد: لأن الغالب من الأزواج التصرف بالنهار؛ فلا مضرة عليها في ذلك، واختلف قوله إذا حلف ألا يبيت عندها، هل تطلق عليه بذلك أم لا؟[٢] وأن تطلق عليه[٣] أحسن، والمضرة تدخل عليها في ذلك من وجهين:

أحدهما[٤]: ما يدركها من الوحشة.

والثاني: مخالفة العادة، وكونها على غير ما هو عليه غيرها من النساء من جيرانها[٥] وغيرهن[٦]؛ يأوي إليهن أزواجهن، فإذا بلغ من ذلك مضرتها طُلِّقَ عليه، كان ذلك قبل[٧] أجل الإيلاء أو بعد[٨]، فإن حلف ألا يبيت معها في فراش وهو معها[٩] في بيت أو في دار -لم تطلق عليه، وليس ذلك من حقها.

وقال مالك في كتاب محمد فيمن قال: أنت طالق إن وطئتك، إلا أن تأتيني، هو مولٍ، وليس عليها أن تأتيه، وعليه أن يأتيها[١٠]. يريد: لظاهر الحديث أن النبي ﷺ كان يدور على نسائه[١١].

وأرى إذا قال: إلا أن تأتيني إذا دعوتك - ألا يكون مولياً؛ لقول النبي ﷺ: «**إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِه**[١٢]**، فَلَمْ تَأْتِهِ، فَبَاتَ غَضْبَانَ عَلَيْهَا، لَعَنَتْهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ**»[١٣]. ....

---

(١) انظر: انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٧٨. (٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٧٨.

(٧) قوله: (عليه) ساقط من (ش١). (٤) قوله: (أحدهما) ساقط من (ش١).

(٩) في (ش١): (جيرتها).

(٦) قوله: (وكونها على غير... وغيرهن) في (ح): (وكون غيرها من النساء من حبوتها).

(٧) في (ش١): (دون). (٨) في (ش١): (أبعد).

(٩) قوله: (في فراش وهو معها) ساقط من (ش١).

(١٠) قوله: (وعليه أن يأتيها) ساقط من (ح) و(س)، وانظر النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٦و٣١٧.

(١١) سبق إيراد لفظه وتخريجه في النكاح الثاني، ص: ٢٠٥٦.

(١٢) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (فراشها).

(١٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٣/ ١١٨٢، في باب إذا قال أحدكم آمين والملائكة في السماء فوافقت

لا يعارض هذا بالحديث[١] الأول؛ لأنه ﷺ كان له في بيت كل واحدة منهن فراش، وفراشها[٢] واحد.

ولو قال: إلا أن تأتيني من غير أن أدعوكِ -كان مولياً.

وفي كتاب ابن سحنون فيمن قال: والله لا أطأك إلا أن تسأليني قولان[٣]، فقيل: هو مولٍ، ولها أن تقوم به إلى السلطان، وليس ذلك سؤالاً، وقال سحنون[٤]: ليس بمولٍ؛ لأن الامتناع من قبلها.

قال الشيخ رحمه الله: أما إذا كان قيامها لأَنْ يصيبها فقول سحنون صواب. وإن كان قيامها بالطلاق وليس لطلب[٥] الإصابة، وإنما تقول: لي حق، وعلي معرة[٦] في طلبه، وعليه أن يوفي به من غير طلب؛ فأنا[٧] أقوم بالطلاق إذا لم يفعل، فالقول أنه مولٍ أحسن.

وقال مالك فيمن قال: والله إن وطئتك إن شاء الله -هو مولٍ، وقال أشهب: ليس بمولٍ[٨]. فرأى مالك أن قوله: (إن شاء الله) محتمل أن يكون أراد به رفع اليمين الأول[٩]، وما[١٠] في القرآن ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّى فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا * إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ﴾ =

إحداهما الأخرى غفر له ما تقدم من ذنبه، من كتاب بدء الخلق، في صحيحه، برقم (٣٠٦٥)، ومسلم: ٢/ ١٠٥٩، في باب تحريم امتناعها من فراش زوجها، من كتاب النكاح، برقم (١٤٣٦).

(١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (الحديث).

(٢) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (وفراشها).

(٣) قوله: (قولان) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (وقال سحنون) في (ح) و(س): (وقيل).

(٥) في (ش١): (تطلب).

(٦) في (ش١): (المعرة).

(٧) في (ش١): (فإذا).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٧، قال فيها: (: أرأيت إن حلف بالله أن لا يقرب امرأته إن شاء الله، أيكون موليا وقد استثنى في يمينه؟ قال: سألت مالكا عنها، فقال: هو مول وقال غيره لا يكون مولياً).

(٩) قوله: (الأول) ساقط من (ب) و(ش١).

(١٠) في (ش١): (أو ما).

[الكهف: ٢٣، ٢٤] فلا يكون استثناء[1]، وقوله ووقوفه عنها ريبة في أنه لم يرد رفع اليمين، والقول الآخر أبين؛ لقول النبي ﷺ: «**مَنْ حَلَفَ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللهُ، فَقَدِ اسْتَثْنَى**»[2] فجعل هذا كافياً في الاستثناء ولم يفرق، ومعلوم أنه إنما ردهم في ذلك إلى ما في كتاب الله عز وجل، وهو الذي يعقلون.

(ب) ٢٩٣/ب

وإن قال عليَّ نذر إن قربتك: كان مولياً، وإن قال عليَّ نذر إن لم أقربك/ لم يكن مولياً؛ لأن هذا حلف ليفعلن، والأول حلف على ترك الفعل.

قال ابن القاسم: وإن قال عليّ نذر أن لا أقربك -هو مولٍ[3]، وقال يحيى ابن عمر: ليس بمولٍ، وهو بمنزلة قوله: عليَّ نذر ألا أكلمك، وهو نذر في معصية، وهذا هو الأصل؛ لأن "أنْ" مع الفعل المستقبل بمعنى المصدر، فكأنه قال: علي ترك قربك ولا قربة في ذلك، وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن الناس لا يقصدون في هذا موجب اللسان، والذي يسبق إليه من ذلك إن قربتك، وهو الذي يقصد بقوله ذلك.

وقال ابن القاسم: إن حلف ليغيظنها أو ليسوءنها، فتركها أربعة أشهر؛

---

(١) انظر: تفريق مالك في الاستثناء في اليمين في العتبية من البيان والتحصيل: ٣/ ١٣٩، ونص المسألة: (قال أشهب، وسئل مالك عن قول ابن عمر: من حلف فقال إن شاء الله فقد استثنى، فقال: إنا لنقول غير هذا، نقول: إذا حلف وقال إن شاء الله ينوي به الاستثناء فذلك له ولا حنث عليه، وإن كان إنما قال إن شاء الله لهجاً بذلك مثل قول الله عز وجل: ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّى فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴾ [الكهف:٢٣، ٢٤]، ومثل قوله: ﴿ لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ ﴾ [الفتح:٢٧]، فليس ذلك باستثناء ولا يغني عن ذلك شيئاً).

(٢) حسن، أخرجه أبو داود: ٢/ ٢٤٥، في باب الاستثناء في اليمين، من كتاب الأيمان والنذور، برقم(٣٢٦٢)، والترمذي، في سننه: ٤/ ١٠٨، في باب ما جاء في الاستثناء في اليمين، من كتاب النذور والأيمان عن رسول الله ﷺ، برقم (١٥٣١)، وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٧.

فليس بمولٍ[١].

قال الشيخ رحمه الله: ولو كانت نيته أن يغيظها بترك إصابتها لم يكن مولياً؛ لأنه إذا أمسك عنها إلى مدة لم تتقدم العادة لتأخره إليها بالأمر البين كان قد بر في يمينه، وكان فيما بقي[٢] من إمساكه عنها إلى الأربعة الأشهر في غير يمين، وليس الحلف على ترك إصابتها كالحلف إن أصابها؛ لأن الأول حلف ليوجَدَنَّ منه الترك، فإذا مضت مدة لم تكن العادة التأخر[٣] عنها كان قد وجد منه الترك، والآخر حلف ألا يوجد منه وطء؛ فمتى وجد ذلك منه -قَرُبَ أو بَعُدَ- حنث.

وكذلك الحالف ليهجرن فلاناً أو لا يكلمه، فالحالف على الهجر بر في ترك[٤] كلامه ثلاثة أيام، والحالف ألا يكلمه يحنث في أي زمان وجد منه الكلام، غير أنه يستحسن إذا حلف ليغيظنها أن يوقف عند الأربعة أشهر[٥]؛ لإمكان أن يكون قصده[٦] اليمين ألا يصيبها، ومراعاة لأحد قولي مالك فيمن ترك إصابة زوجته أربعة أشهر[٧] بغير يمين أنه يوقف[٨]، وإن[٩] قال: والله لا أطؤك، ثم قال: أردت أن لا أطأها بقدمي لم يقبل منه[١٠]، وهو مولٍ[١١]؛ لأن هذا اللفظ مع الزوجة هو بمعنى معهود.

قال ابن القاسم: ولو قال لا أجامعك في هذه الدار، وهو فيها ساكن؛

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٨.

(٢) في (ش١): (وكان في بقاء).

(٤) في (ش١): (التأخير).

(٤) في (ش١): (على الهجران يبر بترك).

(٢) في (ش١): (الأشهر).

(٦) في (ش١): (قصد).

(٧) قوله: (لإمكان أن يكون... زوجته أربعة أشهر) ساقط من (ح) و(س).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٨.

(٩) في (ش١): (وإذا).

(١٠) في (ح) و(س): (قوله).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٨.

فليس بمولٍ، ويأمره السلطان أن يخرجها فيصيبها[1]؛ لأني أخاف أن يكون مضاراً[2]. ومحمل[3] جوابه فيمن يخفّ عليه أن يمضي بأهله بمثل ذلك لغير مسكنه، ومن لا يحسن ذلك منه يكون مولياً، وأيضاً فإنَّ على الزوجة معرّة في خروجها معه لمثل هذا، وقد قال فيمن حلف ألا يصيب زوجته في هذا البلد: إنه مولٍ إذا كان يتكلف فيه المؤونة[4]. وكذلك هذا يتكلف في مثل ذلك المؤونة ولا شك في ذلك.

---

(١) في (ش١): (فيجامعها).

(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٨، ٣٣٩

(٣) في (ش١): (ويحتمل).

(١٢) انظر المدونة: ٢/ ٣٤٦.

باب



فيمن آلى بعتق ما يملكه في بلد أو إلى أجل أو بصدقة ذلك[(١)]



قال ابن القاسم فيمن قال لزوجته: إن أصبتك[(٢)] فكل مملوك أشتريه[(٣)] من الفسطاط حر: ليس بمولٍ إلا أن يشتري ذلك فيقع عليه الإيلاء من يوم يشتريه، وقال أيضاً: هو مولٍ، وبه قال غيره[(٤)].

وقد اختلف في هذا الأصل في كل من حلف بيمين - إن أصاب لم يلزمه[(٥)] كفارة، وإنما تنعقد عليه اليمين- فقيل[(٦)]: لا يكون مولياً؛ لأن له أن يصيب، ثم لا تلزمه كفارة. وقيل: هو مولٍ؛ لأنه يوقف[(٧)] عنها بسبب اليمين. وهو أحسن، ولا فرق بين أن يقف خوف وجوب كفارة أو خوف ما هو سبب في وجوبها[(٨)].

ولا يختلف أنه إن أصاب[(٩)] قبل الشراء، ثم اشترى - أنه حرٌّ بما تقدم من الإصابة، قال: وإنما الاختلاف في حكمه قبل الشراء أو قبل الإصابة، فعلى القول الأول لا وقف عليه إلا أن يشتري فيستأنف الأجل من يوم الشراء، وعلى القول الآخر لها وقفه إذا مرت أربعة أشهر من يوم الحلف، وكذلك فيما يملك من مال هل يكون مولياً من يوم الحلف[(١٠)] أو من يوم[(١١)] يملك بالفسطاط حسب ما

---

(١) قوله: (يملكه في بلد أو إلى أجل أو بصدقة ذلك) في (ح) و(س): (ملك أو بصدقة).

(٢) في (ح) و(س) و(ش١): (وطئتك).

(٣) في (ش١): (اشتريته).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٩.

(٥) في (ش١): (تلزمه).

(٦) في (ب) و(ش١): (فقال).

(٧) في (ش١): (يقف).

(٨) في (ش١): (لوجوبها).

(٩) في (ش١): (أنه إذا أصابها).

(١٠) قوله: (وكذلك فيما يملك... من يوم الحلف) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(١١) قوله: (يوم) ساقط من (ش١).

تقدم، أو لا يكون عليه شيء فيما يملك بخلاف العتق.

وقال ابن القاسم في العتبية: لا شيء عليه فيما يملك، قال: وإنما الصدقة اللازمة فيمن حلف على ما يملك يوم حلف[(١)].

وقال ابن الماجشون وأصبغ في كتاب ابن حبيب: لا شيء عليه من الصدقة فيما يكسب، وإن سمى أجلاً أو بلداً، قالا[(٢)]: ولا يشبه الصدقة في هذا الطلاق ولا الحرية[(٣)]، ولم يروا عليه في ذلك إيلاء.

وأرى أن يوقف إن لم يصب، وتطلق[(٤)] عليه لإمكان أن يكون وقوفه؛ لأنه معتقد للقول الآخر اجتهاداً أو تقليداً، ومن هذا الأصل أن يقول: والله لا أجامعك في هذه السنة إلا يوماً، فقال ابن القاسم في المدونة: لا يكون مولياً لما كان له أن يصيب، ثم لا يكون[(٥)] عليه كفارة إلا أن يطأها، ويبقى من[(٦)] السنة أكثر من أربعة أشهر[(٧)].

وقال في كتاب محمد: هو مولٍ، قال[(٨)]: لأن ترك وطئه لليمين، قال محمد: فإن وقعت[(٩)] بعد أن بقي من السنة أربعة أشهر فلا شيء عليه[(١٠)]، وإن لم يكن وطئها[(١١)] يريد؛ لأنه لو وقف حينئذٍ فأصاب لم يلزمه[(١٢)] كفارة لأنه استثنى

---

(١) إنما وقفت عليه في المدونة: ٢/ ٣٩٠، قال فيها: (قلت: أرأيت إن قال: إن دخلت هذه الدار أبدا فكل مملوك أملكه فهو حر فدخل الدار؟ قال: لا يلزمه الحنث إذا حنث إلا في كل مملوك كان عنده يوم حلف). انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٢.

(٢) قوله: (قالا) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠.

(٤) في (ح) و(س) و(ش١): (أو تطلق).

(٥) في (ش١): (تكون).

(٦) زاد في (ب) و(ق١٠): (بعد).

(٧) انظر: المدونة: ١/ ٤١.

(٨) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

(٩) في (ش١): (رفعت).

(١٠) قوله: (شيء عليه) في (ب) و(ش١): (حجة لها).

(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٣.

(١٢) في (ش١): (لم تلزمه).

مدة، ويصير بمنزلة من أمسك بغير يمين.

قال الشيخ ﷺ: وأن يؤمر بالإصابة أحسن؛ لأنه الوجه الذي كان له الأجل.

(ب ١/٢٩٤)

واختلف أيضاً إذا حلف ألا يصيبها[1] في هذه السنة إلا مرتين/ فقال ابن القاسم: ليس بمولٍ لأنه إذا أصابها بعد أربعة أشهر مرة، ثم بعد أربعة أشهر مرة أخرى، فلا إيلاء عليه، وقال أصبغ: هو مولٍ؛ لأنه يمتنع من أجل اليمين، وقال محمد: قول أصبغ غلط[2].

قال الشيخ رحمه الله: وأرى أن يكون لها حق في الوقف؛ لأن امتناع هذا ألا[3] يصيب إلا من بعد أربعة أشهر من الضرر، ومحمل القرآن على من لا يتكرر ذلك منه.

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن قال: إن وطئتك كذا وكذا مرة فأنت طالق: هو مولٍ، ويوقف إذا مضت أربعة أشهر من يوم قال ذلك[4].

يريد: لأن وقوفه الآن خوف أن ينقضي ذلك العدد الذي سماه فينعقد اليمين عليه، وعلى القول الآخر لا يكون مولياً إلا أن يبقى من تلك التسمية مرة، ومن هذا الأصل إذا قال: إن وطئتك فوالله لا أطؤك، فقال في كتاب محمد: ليس بمولٍ[5]. يريد: لأنه لا تجب[6] عليه كفارة إذا أصاب، وإنما ينعقد[7] عليه يمين[8]، وعلى القول الآخر أنه[9] مولٍ لأنه يقف عنها الآن

---

(١) قوله: (ألا يصيبها) يقابله في (ش١): (لا أطؤك).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٣.

(٣) في (ش١): (لا).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ١٨٠، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣١٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٩.

(٦) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (لا يجب).

(٧) في (ش١): (تنعقد)

(٨) في (ش١): (اليمين).

(٩) في (ش١): (هو).

خوف أن ينعقد عليه يمين.

وقال فيمن حلف لامرأتيه، فقال: والله لا أطأ إحداكما سنةً، ولا نية له في إحداهما، ليس بمولٍ إلا أن يصيب إحداهما فيكون في الأخرى مولياً[١]، وعلى القول الآخر يكون مولياً من الآن؛ لأنه يمسك خوف أن تنعقد عليه اليمين متى أصاب إحداهما.

فصل

[فيمن قال إن وطئتك فأنت طالق هل يكون مولياً؟]

وإن[٢] قال: إن وطئتك فأنت طالق كان مولياً، ولها أن توقفه عند الأربعة الأشهر، فإن أصاب وإلا طلق عليه[٣].

واختلف في صفة ما يباح له منها، وهل ذلك بشرط أن ينوي رجعة؟ فقيل: له أن يصيب[٤] وينزل؛ لأنه الوطء المعتاد، وبه[٥] يحنث. وقيل: يصيب ما دون الإنزال، ولا ينزل إلا أن ينوي مراجعة؛ لأن الإنزال زائد على الوطء، وقد حنث بما كان قبل أن ينزل. وقيل: له مغيب الحشفة لأنه يحنث بأقل[٦] ما يقع عليه اسم الوطء، ولم يرَ النزوع منها[٧] وطأ. وقيل: يمنع منها ابتداء؛ لأنه يحنث بمغيب الحشفة، والنزوع منها وطء يلتذ به[٨]. وهو أحسن على تسليم القول أنه يحنث بالأقل.

ثم يختلف هل يسقط عنه بذلك حكم الإيلاء؟ فعلى قول ابن القاسم

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٤.

(٢) في (ش١): (وإذا).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٦، ٣٣٧.

(٤) في (ح) و(س): (يطأ).

(٥) في (ب): (ولم).

(٦) في (ح) و(س): (بأول).

(٧) قوله: (منها) ساقط من (ش١).

(٨) في (ش١): (والنزوع وطء ومما يتلذذ به).

يسقط؛ لأنه قد حنث. وعلى قول عبد الملك لا يسقط عنه نوى الرجعة أم لا؛ لأنه يقول: لا يسقط الإيلاء إلا بالمصاب، وإذا كان ذلك فمن حقها الوطء التام، والإنزال لحقها في الولد، ولأنه لو حلف بالله وأصاب ذلك القدر لم يسقط حقها في الإيلاء، وهو يحنث بالأقل ولا يبرئه[1]، فالحنث يقع بمغيب الحشفة، وحقها في الإيلاء[2] في الوطء، فإن أصاب وهي في العدة بعد أن ينوي الرجعة، وإلا طلق عليه[3].

واختلف إذا قال: إن وطئتك فأنت طالق البتة كالاختلاف[4] الأول، قيل[5]: يمنع الوطء جملة؛ لأنه يحنث بأول الملاقاة، وتبين منه، والنزوع وطء لمن حرمت عليه، وهو قول مالك[6]، وقال ابن الماجشون: له مثل[7] ذلك مما يوجب الغسل لا أكثر منه.

وقال ابن القاسم: له ذلك حتى ينزل، وقال أصبغ[8]: له أن يصيب ولا ينزل فيها، قال: وأخاف إن أنزل أن يكون الولد لزنا[9].

ولم يختلفوا أنه لو نزع قبل تمام ذلك أنه يمنع من المعاودة[10]، وينبغي على

---

(١) في (ح) و(س): (يجزئه).
(٢) قوله: (وهو يحنث بالأقل ولا يبرئه، فالحنث يقع بمغيب الحشفة، وحقها في الإيلاء) ساقط من (ش١).
(٣) قوله: (وحقها في الإيلاء في الوطء... وإلا طلق عليه) ساقط من (ح) و(س).
(٤) في (ش١): (كالخلاف).
(٥) في (ش١): (فقيل).
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٦.
(٧) قوله: (مثل) ساقط من (ب)، وفي (ش١): (من).
(٨) قوله: (أصبغ) ساقط من (ح) و(س).
(٩) في (ش١): (زنا). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٥، ٣١٦.
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٦.

أصل مالك أن يمنع من الإصابة المعتادة؛ قياساً على قولهم بوقوع الطلاق إلى أجل؛ لأنه عالم أن بتمام الوطء يقع الطلاق. واختلف بعد القول أنه لا[١] يمكَّن من الإصابة، هل يعجل الطلاق الآن؟ فقيل: لا يعجل قبل أجل الإيلاء؛ لأنها قد ترضى بالمقام من غير[٢] إصابةوقيل: يعجل بالطلاق[٣] ؛ لأن الأجل إنما كان ليفيء بالإصابة، وهذا[٤] ممنوع منها[٥].

وأرى أن يعجل الطلاق وإن لم تقم بذلك إذا كان لا تؤمن ناحيته في بقائه معها.

ويختلف إذا حلف أنه لا يطأها[٦] فأصاب بين الفخذين، فقال ابن القاسم: يحنث ولا يسقط الإيلاء[٧]. فأحنثه لأن القصد اجتنابها، ولا يسقط الإيلاء لأن من[٨] حقها الإصابة في الفرج[٩]، ولإمكان[١٠] أن تكون نيته باليمين أن يعتزلها في الفرج فيكون وقوفه عنها لئلا يحنث.

وعلى القول أن محمل الأيمان على العادة لا يحنث، ولا يختلف أنه لو[١١] حلف ليصيبنها لم يبر إلا بالإصابة في الفرج.

فصل[١٢]

[فيمن قال لزوجته والله لا أطؤك حتى تفطمي ولدك هل يكون مولياً؟]

وقال مالك فيمن قال لزوجته: والله لا أطؤك حتى تفطمي

---

(١) قوله: (لا) ساقط من (ش١).

(٢) في (ش١): (بغير).

(٣) في (ش١): (الطلاق).

(٤) في (ش١): (وهو).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٦.

(٦) في (ش١): (لا وطئها).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٥١٨.

(٨) قوله: (من) زيادة من (ش١).

(٩) في (ح) و(س): (في الوطء).

(١٠) حرف الواو زيادة من (ش١).

(١١) في (ش١): (إن).

(١٢) في (ح) و(س): (باب).

ولدك[١]؛ ليس بمولٍ، قال ابن القاسم: لأن هذا أراد إصلاح[٢] ولده، وليس على وجه الضرر[٣]. وذكر عن أصبغ أن لها الفراق إذا لم يفِئ، وهو أقيس؛ لأن لها حقاً في الوطء، ولا حق للولد في تركه؛ لقول النبي ﷺ: «**إِنَّهُ لاَ يَضُرُّ**»[٤] فلا يترك حق وجب بالقرآن لمن لم يجعل له النبي ﷺ حقاً.

وللمرأة القيام بالطلاق لعدم الإصابة في حضور[٥] الزوج وغيبته، فأما في حضوره فهو على ستة أقسام: **أحدها**: أن يحلف على ترك الإصابة. **والثاني**: أن يحلف/ بطلاقها ليفعلن فعلا فيمتنع[٦] الوطء لأجل يمينه حتى يبره[٧]. **والثالث**: أن يترك الوطء من غير يمين وهو قادر. **والرابع**: أن ينزل به أمر يقطع ذلك عنه. **والخامس**: أن يحبسه سلطان[٨]. **والسادس**: أن يشهد عليه شاهد بالطلاق، ويمتنع من اليمين.

(ب) ٢٩٤/ب

وكل قسم من هذه الستة[٩] الأقسام يتصرف على وجوه:

فإن حلف على ترك الوطء قصداً للضرر -كان لها[١٠] الفراق عند انقضاء الأربعة الأشهر[١١] إذا لم يفئ حسب ما ورد به القرآن[١٢].

وإن كان[١٣] اليمين إرادة الإصلاح ليس للضرر؛ كالذي يحلف على ترك

---

(١) في (ح) و(س): (يفطم ولدي).

(٢) في (ش١): (صلاح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٠.

(٤) سبق تخريجه في كتاب الرضاعة، ص: ٢١٦٤.

(٥) من هنا سقط نصف لوحة في (ح) لوحة ٩٨/ ب.

(٦) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (فلا يمنع).

(٧) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (يبر).

(٨) في (ش١): (السلطان).

(٩) قوله: (الستة) ساقط من (ش١).

(١٠) قوله: (لها) ساقط من (ب).

(١١) في (ش١): (أشهر).

(١٢) انظر: التفريع: ٢/ ٣٣.

(١٣) في (ش١): (كانت).

الوطء حتى يفطم ولدها -كان الجواب فيه على ما تقدم.

وإن قال أردت بذلك صلاح جسدي ولضرر ذلك لي[١]؛ فإن كان صحيح البنية لم يكن ذلك له، وإن كان ضعيف البنية وضرب أجلاً، ويرى[٢] أن فيه صلاحه -لم تطلق عليه، وإن جاوز الأربعة أشهر[٣]، وإن طول في الأجل فوق ذلك كان لها أن تقوم بالفراق، وكذلك إذا لم يضرب أجلاً كان لها أن تقوم بالفراق إذا لم يفئ، فإن كان الأجل[٤] الذي يكون فيه صلاحه قبل الأربعة أشهر لم يقع عليه عند الأربعة أشهر، وإن كان فوق ذلك لم يعجل عليه[٥] بالطلاق حتى يبلغ الأمد[٦] الذي لا يضر به.

وإن حلف بالطلاق ليفعلن فعلاً فمنع من الإصابة لأجل يمينه وأمكنه فعل ما حلف عليه، فلم يفعل -كان لها أن تقوم بالفراق إذا انقضى الأجل الذي ضرب له، وإن لم يمكنه فعل ما حلف عليه وهو عالم أن يمينه تمنع من الإصابة -كان لها الفراق.

وإن كان ممن يجهل ذلك لم تطلق عليه؛ لأنه لم يقصد ضرراً[٧] على القول أن الطلاق لا يوقع إلا على من قصد الضرر، وإن ترك الإصابة من غير يمين اختياراً أو قصداً للضرر -كان لها أن تقوم بالفراق من غير أن يضرب له[٨] أجل، وقال أيضاً: لا يفرق إلا بعد مضي أربعة[٩] أشهر كالمولي، وهو أحسن؛ لأنها المدة التي يلحق فيها الضرر؛ فلا تطلق عليه دونها، ولا يزاد عليها.

---

(١) في (ش١): (بي).

(٢) في (ش١): (ورأى).

(٣) في (ش١): (الأشهر).

(٤) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (الأمر).

(٥) قوله: (عليه) زيادة من (ش١).

(٦) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (الأمر).

(٧) في (ش١): (الضرر).

(٨) في (ش١): (لها).

(٩) في (ش١): (الأربعة).

وإن ترك ذلك بغير يمين لصلاح جسمه جرى على[1] الجواب على ما تقدم إذا كان بيمين.

وإن كان لاشتغاله بعبادة كان لها الفراق، وأن تقوم بحقها في ذلك وهو قول مالك. وقوله في هذه المسألة أصل في كل من ترك الإصابة غير مضار أن ذلك لا يسقط حقها في ذلك من القيام بالفراق. وإن كان غير قادر على الإصابة لأنه قطع ذكره أو لعلة نزلت به - كان في المسألة قولان، فقال مرة: لا مقال لها[2]، وقال في مختصر ما ليس في المختصر: لها القيام بالفراق، وإن قطع ذكره. ولو فعل ذلك بنفسه خطأً كان على الخلاف، وقد جرى ذلك لبعض الناس؛ أراد الاستحداد فنزلت يده فقطع ذكره.

وإن تعمد ذلك كان لها الفراق قولاً واحداً، وإن شرب دواءً ليقطع منه شهوة النساء؛ كان لها الفراق، وكذلك إن[3] شربه لعلاج علة به وهو عالم أنه يذهب ذلك أو شاك كان لها الفراق.

وإن كان الامتناع لحبس سلطان، وقصد بحبسه؛ ليحول بينه وبين زوجته أو ليغرمه مالاً وهو غير قادر عليه أو قادر، وذلك مما يجحف به - لم يفرق بينهما، وإن طال سجنه[4] ولو كان ذلك المال يسيراً لكان لها مقال.

وإن شهد عليه شاهد بالطلاق ولم يحلف كان لها أن تقوم بالفراق[5]، ويضرب له أجل الإيلاء إذا لم يكن عندها علم من صحة شهادة الشاهد، فإن كانت عالمة بصحة شهادته لأنها كانت حاضرة لطلاقه أو ليمينه وحنثه أو اعترف عندها بذلك -لم تكن لها مطالبة بالوطء إذا كان الطلاق ثلاثاً، أو

---

(١) قوله: (على) زيادة من (ش١).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٨.

(٣) في (ش١): (لو).

(٤) في (ق١٠) و(ش١): (حبسه).

(٥) في (ق١٠): (بالطلاق).

واحدة وانقضت العدة؛ لأنها معترفة أنها عليه حرام، ولو أراد ذلك لم يحل لها أن تُـمَكِّنَهُ من نفسها.

فصل

[قيام المرأة بالفراق لعدم الإصابة لفقدان الزوج]

ولها القيام بالفراق بعدم[1] الإصابة إذا كان فقيداً[2].

قال الشيخ أبو بكر الأبهري في الطلاق على المفقود: لأن الضرر فيه أكثر من ضرر المولي إذ كأن المفقود عدم منه[3] الوطء. يريد: لما كان الفراق، وإن كان[4] المال موقوفاً لا يقسم إلى التعمير علم أن ذلك لحقها في الوطء.

ويختلف في الأسير، فقال مالك: لا تطلق عليه ما دام حياً[5]. ويجري فيها قول آخر أنها تطلق عليه؛ قياساً على أحد قولي مالك فيمن قطع ذكره بعد البناء أن لها أن تقوم بالفراق، فإن لم يكن أسيراً وكان في موضع تبلغه المكاتبة، وطالت إقامته كتب إليه: إما أن يقدم وإما أن يفارق أو تطلق عليه.

قال مالك: وإن كان يبعث بالنفقة فالسنة قريب، وإن كان بموضع لا تبلغه مكاتبة أو تبلغه ويتعذر إتيانها أو معرفته أو معرفة من ينقل الشهادة عنه كان لها أن تقوم بالفراق، لأن محمله في مقامه على أنه مختار لذلك إلا أن يثبت أنه ممنوع فيكون/ له حكم الأسير، وإن فسدت الطريق[6] وحيل بين الناس وبين السفر من هنالك كان له حكم الأسير إلا أن يعلم أنه غير راغب في القدوم، فلها أن تقوم بالفراق.

(ب) ٢٩٥/أ

---

(١) في (ق١٠): (بعد مضي).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٦.

(٣) قوله: (منه) ساقط من (ق١٠).

(٤) في (ق١٠): (وكان).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٧.

(٦) في (ش ١): (الطرق).

فصل

[فيمن آلى من امرأته إلى ثمانية أشهر فأوقفته عند الأربعة أشهر فطلق ثم ارتجع]

وقال مالك فيمن آلى من امرأته إلى ثمانية أشهر، فوقفته عند الأربعة أشهر فلم يفئ فطلق عليه ثم ارتجع، فإن انقضت الأربعة الأشهر الباقية، قبل تمام العدة؛ كانت رجعته ثانية[1].

قال الشيخ رحمه الله: الرجعة تثبت بما كان يسقط به الإيلاء لو لم يحكم بالطلاق، وذلك بأحد[2] ثلاث: بالإصابة، وبانقضاء بقية الأجل، وبالكفارة وإن لم يصب، وعلى قول عبد الملك وهو أحد قولي مالك لا تصح رجعته إلا بالمسيس[3]، فإن انقضى الأجل ولم يمس لم تصح رجعته، كما لا تصح فيه[4] قبل الطلاق، ولا يسقط الإيلاء بالكفارة.

واختلف إذا آلى ولم يضرب أجلاً، ولم يفئ عند انقضاء الأربعة أشهر، وطلق عليه ثم ارتجع، ولم يصب ورضيت الزوجة بذلك، فأجاز ذلك ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب فيمن حلف بطلاق زوجته أنه لا يصيبها إلى سنة فطلق عليه بالإيلاء أن له أن يرتجعها؛ لأن لها أن تقيم معه بغير وطء إلى انقضاء السنة. فأجازوا رجعتها وإن لم يصب إذا رضيت بذلك.

وقال سحنون في السليمانية: لا تصح رجعته إلا بالوطء، قال[5] : لأن الرجعة حد من حدود الله تعالى، قال: وكذلك الذي يطلق عليه لعدم النفقة،

---

(١) في (ش١): (ثابتة)، وانظر: المدونة: ٢/ ٣٤٠.

(٢) في (ش١): (بإحدى).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٥.

(٤) في (ش١): (فيأته).

(٥) في (ش١): (قيل).

ثم ارتجع ولم ييسر في النفقة[1]، ورضيت بذلك -لم تكن رجعة، قال: ولا تهدم[2] عدة تثبت[3] بطلاق إلا بزوال المعنى الذي كان له الطلاق.

والأول أحسن؛ لأن الطلاق لعدم المسيس ولعدم النفقة من حقها[4]، وليس ذلك حق[5] لله تعالى، فإذا أسقطت حقها في ذلك كله[6] جاز، كما كان[7] لها ذلك قبل الطلاق.

واختلف إذا رضيت زوجة المولي عند انقضاء الأجل بتركه، وقالت: لا حاجة لي بتوقيفه ثم قامت به، فقال مالك في كتاب محمد: ذلك لها، ويوقف مكانه من غير استئناف أجل[8].

وقال أصبغ: تحلف بالله ما كان تركها للأبد، وإنما كان للنظر فيه[9] ثم يوقف ثانية، فإن فاء وإلا طلق عليه[10].

وقول مالك أحسن؛ لأنها تركت ما لا تُقدر[11] على الوفاء به، ولا الصبر عليه[12] مع كون الزوج معها مضاجعاً أو مخلياً، وليست كامرأة المجبوب؛ لأن اليأس منه لعدم ذلك، وهي في تركها بمنزلة من تركت يومها في القسم لضرتها فلها القيام؛ لأنها لا تستطيع الصبر.

واختلف في الجذام يحدث بالزوج، فقال أشهب: إن تفاحش ولم يُحْتَمَلِ[13] النظر إليه، وتُغَضُّ الأبصار دونه كان لها الخيار في الفراق، فإن

---

(١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (ولم يعسر بالنفقة).
(٢) في (ش١): (يهدم).
(٣) في (ش١): (ثبتت).
(٤) قوله: (من حقها) يقابله في (ش١): (لحقها).
(٥) في (ش١): (لحق).
(٦) قوله: (كله) ساقط من (ش١).
(٧) قوله: (كان) زيادة من (ش١).
(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١١.
(٩) في (ش١): (تنتظر فيأته).
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١١.
(١١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (يُقدر).
(١٢) قوله: (عليه) ساقط من (ش١).
(١٣) في (ش١): (ولا تحتمل).

رضيت بالمقام، ثم بدا لها كان ذلك لها[١]. قال ابن القاسم: لها أن تقوم بالفراق، يريد[٢] : لأنها تقول: ظننت أنه لا يزيد[٣].

وإذا كانت الزوجة أمة وأرادت أن تترك القيام وقام[٤] السيد، قال محمد بن المواز: ذلك له

ولأصبغ في ثمانية أبي زيد مثله، فقال: إن تركت كان للسيد القيام، وإن ترك السيد وقامت هي[٥] كان القول قولها؛ لأنه حق جعله الله لها، وهي من الأزواج، قال: ولو فقد زوجها وأرادت أن يضرب لها أجل المفقود[٦] لتحل إذا مضى ذلك[٧] الأجل، وأبى ذلك السيد -كان ذلك لها؛ لأنها ترجو العتق، ولو رضيت بالمقام، وقام السيد كان ذلك له.

قال الشيخ رحمه الله: وإن تبين أنه مجبوب فرضيته وكره السيد، أو رضي السيد وكرهته -كان القول قول من كره[٨] منهما، وإن تبين أنه خصي كان الرضا أو الكراهية[٩] والرد للسيد دونها؛ لأن للسيد أن يزوجها خصياً، وإن كرهت.

---

(١) قوله: (لها) ساقط من (ش١). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٤.

(٢) قوله: (يريد) يقابله في (ش١): (إن كان يزيد)

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٥، وعبارته (قال: وإذا خيرها الإمام فى الأجذم فاختارت المقام، ثم قامت بعد سنين. قال ابن القاسم: فإن زيد أمره على ما هو أردى وأشد فذلك لها، وإن لم يتزيد فلا حجة لها إذا رضيت به عند السلطان أو عند غيره أو أشهدت. وكذلك روى عيسى، عن ابن القاسم، قال: ولا حجة لها إذا قالت: ظننت أنه سيذهب).

(٤) في (ش١): (وأقام).

(٥) قوله: (هي) زيادة من (ش١).

(٦) قوله: (لها أجل المفقود) يقابله في (ش١): (أجلا).

(٧) قوله: (ذلك) ساقط من (ش١).

(٨) في (ش١): (كرهه).

(٩) في (ش١): (لكراهة).

فصل

[فيمن آلى بالله تعالى ثم بعد شهر آلى بحج]

وإن آلى الرجل من زوجته بالله تعالى، ثم بعد شهر آلى منها بحج، فلما مضت أربعة أشهر من يوم آلى[1] بالله وقفته، فإن فاء بالوطء سقط حكم الإيلاءين جميعاً؛ لأنه بالوطء حانث في اليمينين جميعاً[2]، وإن فاء عن الأول بالكفارة كان لها أن توقفه إذا تم إيلاء الحج فيصيب أو يطلق عليه، وإن لم يفئ عن الإيلاء الأول بوطء ولا بكفارة فطلق عليه ثم حل الإيلاء بالحج لم يكن لها قيام؛ لأن الطلاق بالأول يجزئ عن الثاني؛ لأنها به أقرب إلى خروجها من عصمته، فإن ارتجع لَمَا طلق عليه بالأول، وأصاب صَحَّتْ رجعته، وحنث باليمين، وإن لم يصب حتى انقضت العدة بطلت رجعته وبانت بانقضاء العدة، وإن كفر عن الأول لما ارتجع صحت رجعته، فإذا تم الإيلاء بالحج وقفته أيضاً، وكل هذا فعلى أحد قولي مالك أن الفيئة[3] تصح بإسقاط اليمينين، وإن لم يصب.

---

(١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (الإيلاء).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٠.

(٣) في (ش١): (الفيأة).



باب
في دخول الإيلاء على من حلف بالطلاق ليفعلن

(ب) ٢٩٥/ب

/ وقال ابن القاسم فيمن حلف بطلاق امرأته ليجلدن غلامه جلداً يجوز له، ثم باع الغلام قبل أن يجلده: يوقف عن امرأته، ويضرب له أجل المولي، فإن لم يرجع إليه العبد؛ طلق عليه، فإن ارتجع كانت رجعته موقوفة، فإن ملكه وضربه؛ صَحَّتْ رجعته، وإن لم يملكه حتى انقضت العدة بانت وبطلت رجعته[١]، فإن تزوجها عاد عليه الوقف[٢]، فإن ملكه وجلده برت يمينه[٣].

والخلاف في هذه المسألة في أربعة مواضع:

أحدها: هل تطلق عليه بنفس بيع العبد.

والثاني: هل يبر بضربه[٤] وهو في ملك المشتري.

والثالث: هل تصح رجعته إذا رضيت الزوجة ولم يملك العبد.

والرابع: هل يجوز تزويجه امرأته تلك أو يكون فاسداً.

فقال ابن دينار هو[٥] حانث ساعة باع العبد، وقد وقع عليه الطلاق وجعل[٦] يمينه على ذلك الملك، وحمل ابن القاسم اليمين على مجرد اللفظ في

---

(١) هنا ينتهي السقط من (ح).

(٢) في (ش١): (الوقوف).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٠.

(٤) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (هل يتربص به).

(٥) قوله: (هو) ساقط من (ش١).

(٦) في (ش١): (وحمل).

قوله: لأضربنه، ولم يفرق بين ذلك الملك ولا غيره[١].

ولو جنى عند المشتري جناية فمكنه المشتري من عقوبته لبر على قول من حمل الأيمان على موجب اللفظ؛ لأنه ضربه ضرباً يجوز له، ولو ارتجع زوجة[٢] وهي في العدة ولم يملك العبد فرضيت بالرجعة كانت رجعة[٣] صحيحة عند ابن القاسم، وليست برجعة عند سحنون[٤]. وأجاز هاهنا أن يتزوجها بعد انقضاء العدة، وإن كان نكاحاً يمنع فيه من الإصابة، وهو موقوف عن الزوجة إلى أن يملك العبد وهو لا يدري هل يملكه[٥] أم لا؟

وقال ابن القاسم فيمن تزوج صغيرة على أنه[٦] إن تزوج عليها؛ فأَمْرُ التي يتزوج بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل، قال[٧]: نكاحه فاسد[٨][٩]. يريد: لما كان ممنوعاً من الوطء إلى أن تكبر الصغيرة، وهذا أحسن.

ولو حلف بالطلاق ليحجن ولم يوقت عاماً بعينه -كان له أن يصيب زوجته ما بينه وبين خروج الناس، فإذا أمكنه الخروج منع[١٠]. وقال أيضاً: إذا جاء وقت إن خرج لم يدرك الحج منع[١١]، وإن جاء وقت خروج الناس فكان خوف من اللصوص أو أعسر الحالف لم يمنع من زوجته[١٢]. وإذا لم يكن مانع ورفعت أمرها

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤١.

(٢) في (ش١): (زوجته).

(٣) في (ش١): (رجعته).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤١.

(٥) في (ش١): (يملك).

(٦) قوله: (أنه) زيادة من (ش١).

(٧) في (ش١): (كان).

(٨) في (ش١): (فاسدًا).

(٩) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٣٨، والذي وقفت عليه في نص العتبية قوله: (وقال ابن القاسم في رجل تزوج صبية صغيرة وشرط لها عليه إن تزوج عليها فأمر التي تزوج عليها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل، قال يفسخ نكاحه).

(١٠) في (ش١): (منع منه). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٤١، النوادر والزيادات: ٤/ ١٩٥.

(١١) في (ش١): (يمنع). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٤١.

(١٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٣.

إلى السلطان وقامت بقرب فوت الحج كان لها أن تطلق عليه من غير أجل؛ لأنه لا يقدر على أن يفي بالحج في أجل الإيلاء[1]، وقيل: يضرب له الأجل رجاء أن تصبر[2]. وإن كان قيامها بعد أن مضت مدة، وكان يقدر على أن يأتي بالحج في أجل الإيلاء -لم يعجل عليه[3] بالطلاق، وكذلك إذا كان لا يأتي به في الأجل، ولكنه يأتي به في العدة، فإنه لا يعجل عليه بالطلاق.

وقال في العتبية: لا يصيب زوجته من أول حلفه حتى يحج، فإن قال: بيني وبين ذلك زمان، قلنا له: فأحرم واخرج وأَهِلَّ، فإنها إن رفعت ذلك ضُرِبَ له أجل المولي[4]. وهذا هو الصواب[5]، ولا يكون أعلى رتبة ممن ضَرب لبره أجلاً، فقد قيل: إنه لا يصيب إذا لم يمكن من الإصابة كان لها أن تقوم به من الآن، ويعتبر أمره في أول مرة على ما تقدم في العام الثاني أنه ينظر فيه، فإن ضرب له أجل المولي عندما رفعته هل يقدر على الإتيان بالحج في الأجل أو في العدة إن طلق عليه بعد أجل الإيلاء؟ فإن كان يقدر على ذلك لم يعجل بالطلاق، وإلا عجل.

واختلف في كتاب محمد أنه[6] إذا كانت له إصابة في أول عام ثم فاته حج ذلك العام، هل يعود إلى الإصابة؟ ومثله إذا حلف ليخرجن إلى بلد سماه في وقت لا يمكنه الخروج. قال محمد: للصوص، أو لأنه لا يجد كراءً؛ فإنه لا يمنع من زوجته، فإن أمكنه الخروج حِيلَ بينه وبينها، فإن عاد امتناع الطريق قبل الخروج؛ عاد إلى الإصابة على أحد القولين.

وقال محمد: إن قال: امرأتي طالق إن حج فلان أو إن سافر فلا شيء عليه،

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤١.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥٩.
(٣) قوله: (عليه) ساقط من (ب) و(ش١).
(٤) في (ش١): (الإيلاء). وانظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢١٧.
(٥) في (ب): (الأصوب).
(٦) قوله: (أنه) ساقط من (ش١).

ولا يمنع حتى يحج أو يسافر فيحنث- يريد: لأنه على بِرٍّ-، قال: ولو قال: امرأته طالق إن لم يحج فلان لم يمنع من امرأته حتى يأتي إبَّانُ الحج، فإن حج فلان وإلا طلق عليه، وإن خرج وقت الحج ولم يخرج طلق عليه مكانه، وليس بمنزلة الذي حلف على نفسه ليحجن فيذهب وقت الحج، فهو مولٍ[1].

فحمل يمين الحالف على غيره ليحجن أنه إنما يريد: هذا العام، وليس القصد أن يتأخر حتى يموت المحلوف عليه؛ كان الحالف حياً أو ميتاً.

ولو حلف بالطلاق أنه لا يصيب زوجته حتى يحج أو يخرج إلى بلد كذا -كان مولياً، وليس كالأول؛ لأن ذلك حلف ليحجن، ولم يحلف على ترك الوطء، وهذا حلف على ترك الوطء حتى يحج، وإن حلف بالطلاق ليخرجن إلى بلد كذا -كان ممنوعاً من الوطء حتى يأتي ذلك البلد، ويصل إليه، ولا يبر بنفس الخروج إليه. وقال محمد: إن خرج من فوره لم يمنع من زوجته[2] كما لو قال: أنت طالق إن لم أهجر فلاناً شهراً / فمضى في هجرته لم يمنع المصاب؛ لأنه على بر، والأول أحسن؛ لأنه إنما غر في الماضي، وهو على حنث في الباقي حتى يوفي به.

(ب) ٢٩٦/أ

فصل

[فيمن حلف ليكلمن فلانا وفلان غائب]

واختلف إذا حلف ليكلمن فلاناً وفلان غائب، فقال محمد: لا يوقف على[3] الوطء حتى يقدم فلان ولو أقام أبداً أو مات قبل أن يقدم لم يكن عليه شيء[4].

وقال أيضاً: لو حلف بطلاق امرأته ليكلمن فلاناً أو ليقضينه حقه وبينه وبينه أكثر من أربعة أشهر فليس بمولٍ، ولا يضرب له أجل المولي إذا لم يفرط

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٨.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٨.
(٣) في (ش١): (عن).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٨.

في الخروج؛ لأنه لا يمنع من الوطء[١]. فجعل عليه أن يخرج إليه، فإن فرط[٢] لم يصب، ومرة لم ير ذلك ورآه في سعة حتى يقدم فلان.

وأرى إذا كانت اليمين ليكلمنه وكانت غيبة المحلوف عليه على وجه السفر ليعود -ألا يكون عليه أن يخرج إليه، وهو على يمينه حتى يقدم[٣]، فإن كان هناك مسكنه، ومقامه[٤] بذلك الموضع أن يخرج إليه ليبر، وأما القضاء فإن كان الحق عيناً حيل بينه وبين زوجته حتى يرفع إلى السلطان أمره[٥]، ويقضي ذلك الحق، ويبرئه منه.

وكذلك إذا حلف ليكلمنّ فلاناً أو لا يركبنّ هذه الدابة وإذا[٦] كان الدين عرضاً يجب قضاؤه ببلد الحالف؛ فإن كان القضاء ببلد المحلوف عليه كان عليه أن يخرج أو يوكل من يقضي عنه، ويمنع من أهله حتى يقضي، أو يخرج وكيله بفور يمينه[٧] فيجوز له أن يصيب أهله[٨] على أحد القولين[٩].

وقد اختلف في هذا الأصل فيمن حلف بالطلاق ليكلمن فلاناً أو ليركبن هذه الدابة أو ليدخلن هذه الدار أو ليتزوجن، فقيل: يحال بينه وبين زوجته على أي وجه كان يمينه، وسواء ضرب أجل[١٠] أم لا. وقيل: إن ضرب أجلاً لم يمنع وإن لم يضرب أجلاً منع.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٨.

(٢) زاد في (ق١٠): (كأن).

(٣) زاد في (ق١٠): (فلان).

(٤) قوله: (ومقامه) ساقط من (ح) و(س)، وفي (ش١): (وهو مقيم).

(٥) قوله: (أمره) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (حلف ليكلمنّ فلاناً أو لا يركبّن هذه الدابة وإذا) زيادة من (ش١).

(٧) قوله: (يمينه) في (ق١٠): (ذلك).

(٨) قوله: (أهله) ساقط من (ب).

(٩) قوله: (أهله على أحد القولين) ساقط من (ش١).

(١٠) في (ش١): (أجلاً).

وفي كتاب محمد: لا يمنع إذا حلف ليكلمن فلاناً أو ليركبن هذه الدابة، وإن لم يضرب أجلاً لأن حياتها كالأجل ويمنع فيما سوى ذلك إذا لم يضرب أجلاً[١].

ولابن كنانة عند ابن حبيب عكس ذلك: أنه يمنع في الكلام والركوب، ولا يمنع في التزويج ودخول الدار؛ لأن ذلك مما لا يفوت فعله إلا بموته؛ فأشبه من قال: أنت طالق بعد موتي.

والقول الرابع أنه إذا لم يتمكن[٢] له فعل ما حلف عليه كالذي حلف ليخرجن إلى بلد فحيل بينه وبين الخروج أو كانت يمينه ليتزوجن فلانة فلم يزوجوه -لم يحل بينه وبين زوجته.

وأرى المنع في جميع هذه الوجوه على وجه الاستحسان لما ضَارَعَ[٣] الطلاقَ إلى أجل؛ لإمكان ألا يبر في يمينه فيقع عليه الحنث بعقد[٤] اليمين المتقدم ولا يجب ذلك؛ لأن حل العقد بيده إن شاء فعل وبر في يمينه، وإن شاء لم يفعل، ويكون كالذي اختار إيقاع الطلاق لما كان له أن يفعل؛ فلا يحنث، وفارق بهذا الطلاق إلى أجل؛ لأن ذلك لا وجه له في رفعه.

وقد قال مالك في مختصر ما ليس في المختصر فيمن حلف بالطلاق إلى أجل[٥] ليفعلن: إن ترك الوطء محدث، وليس من الأمر[٦] القديم. يريد: أنه لم تكن الفتيا تمنع من ذلك، وهذا على أن الطلاق إلى أجل مختلف فيه، وقول ابن كنانة في هذا أحسن؛ لأنه إنما يؤمر بالكف من كان يترقب من الحنث في الحياة، وسواء ضرب أجلاً أو لم يضرب، ولا يؤمر بذلك من كان لا يحنث إلا بموت نفسه أو موت زوجته.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٨.

(٢) في (ش١): (يمكن).

(٣) في (ش١): (صار).

(٤) في (ق١٠): (بعد).

(٥) قوله: (إلى أجل) ساقط من (ق١٠) و(ش١).

(٦) في (ش١): (أمر).

فصل

[إذا منع الزوج من أهله كان للمرأة أن تقوم بحقها]

وإذا منع الزوج من أهله كان للمرأة[1] أن تقوم بحقها في ذلك، وتطلق عليه كما تطلق على المولي إذا مضت أربعة أشهر.

واختلف في مبدأ الأجل فقال مالك وابن القاسم: الأجل من يوم ترفع له[2] ذلك ويضرب له السلطان[3] الأجل[4].

وقال ربيعة فيمن حلف بطلاق امرأته ليخرجن إلى إفريقية: إنه يكف عنها، ولا يكون منها بسبيل[5]، فإن مرت أربعة أشهر نزل بمنزلة المولي[6]. فجعل الأجل من يوم الحلف، وهذا هو قياد القول بالمنع، والقول إنه يفتقر إلى حاكم أصوب[7]؛ لأن الوجه الذي منع به مختلف فيه؛ فهذا يمنع وإن كان الحالف قد ضرب أجلاً، والآخر يبيح له مع الأجل ويمنعه مع عدمه، والآخر يمنعه إذا كان الحنث مما يقع في حياته ولا يمنعه إذا كان لا يكشفه الحنث إلا بموته، وكل هذا يفتقر إلى حاكم مجتهد، فإن ترجح عنده الإباحة لم يدخل عليه إيلاء[8]، وإن ترجح عنده المنع حكم بذلك ودخل عليه الإيلاء.

وقال محمد: إذا رفعت ذلك إلى السلطان وضرب له أجلاً، فتعدى بعد ذلك ووطئ قبل أن يفعل ما حلف عليه؛ إنه باق على ذلك الأجل. وليس ببين؛ لأن حقها في الإصابة قد سقط، ولا فرق بين أن يصل لذلك منه[9] بوجه جائز أو بوجه عداء.

---

(١) في (ش١): (للزوجة).

(٢) قوله: (له) زيادة من (ش١).

(٣) قوله: (السلطان) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٦٤.

(٥) قوله: (بسبيل) ساقط من (ش١).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٨١.

(٧) قوله: (يفتقر إلى حاكم أصوب) يقابله في (ح) و(س): (لابد من حاكم يضربه أحسن).

(٨) في (ش١): (الإيلاء).

(٩) في (ش١): (ولا فرق أن تصل إلى ذلك منه).

وفي كتاب محمد فيمن قال: أنت طالق إن لم أتزوج عليك إذا استغنى ولدك عنكِ[1] وذلك[2] في الحولين، فإنه يكف عنها، وليس في ذلك وقف[3] إلا أن ينويه[4].

وقال محمد: لا يكف عنها إلا بعد الحولين، وبعد الحولين يكون مولياً؛ متى رفعت أمرها ضرب الأجل/ مستأنفاً إن لم يتزوج[5]. فلم يمنعه منها؛ لأنه لم يأت وقت يفعل فيه ما حلف عليه، فمنعه في القول الأول كما منع من ضرب لفعله أجلاً.

(ب) ٢٩٦/ب

وقال فيمن كان بينه وبين رجل شر فقال: امرأتي[6] طالق إن عفوت عنه. إنه يكف عن زوجته، قال: وليس هذا من باب إن فعلت، وإنما هو من باب[7] إن لم أفعل، أي: إن لم أستعدِ[8] عليه[9].

فصل

[فيمن قال لرجل امرأتي طالق إن لم تهب لي ديناراً]

وقال ابن القاسم فيمن قال لرجل: امرأتي طالق إن لم تهب لي ديناراً: إنه يحال بينه وبين امرأته، ولا يدخل عليه في هذا إيلاء، ولكن يتلوم له السلطان على قدر ما يرى أنه أراد فيما حلف عليه، فإن وهب له[10] وإلا فرق السلطان بينهما[11].

واختلف هل يقع الطلاق بمضي الوقت الذي يرى أن الحالف أراده من غير حكم، فقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: إذا مضى[12] قدر ما كان يتلوم السلطان له وقع عليه الحنث، وإن ماتت بعد ذلك لم يرثها، وإن مات

---

(١) قوله: (عنكِ) ساقط من (ح) و(س).
(٢) قوله: (عنكِ وذلك) ساقط من (ش١).
(٤) في (ش١): (وقت).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٩.
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٩.
(٦) في (ب) و(ق١٠): (امرأته).
(٨) قوله: (باب) زيادة من (ش١).
(٨) في (ب): (أستأذن)، وفي (ش١): (أفعل إساءتي).
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٦.
(١٠) قوله: (له) ساقط من (ش١).
(١١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٢.
(١٢) قوله: (إذا مضى) في (ح) و(س): (يمضي).

ورثته. ما لم يفرق السلطان بينهما.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا يقع الطلاق عليه[1]، وإن مضى قدر ما كان يتلوم الإمام[2] فيه، وإن طال ذلك، ويتوارثان حتى يحكم بالفراق.

والقياس أنه إذا مضى القدر الذي أراده وقع الفراق،[3] وسواء كان يرفع[4] إلى السلطان أم لا، ولا ميراث بينهما إذا كانت يمينه بالثلاث، مات أو ماتت، وكذلك إذا كانت له زوجة نصرانية فقال لها: إن لم تسلمي فأنت طالق، فإنها[5] يتلوم له قدر ما يرى أنه أراده، ثم تطلق عليه[6].

قال محمد: وليس من حلف على امرأته إن لم تسلم بمنزلة من حلف عليها ألا تخالفه في الوطء[7] فأبت وخرجت ثم رجعت[8] من يومها أو ليلتها فمكنته[9] من ساعتها، فهذا قد حنث ولا وقت له إلا إمكانه[10].

فصل

[فيمن حلف لا يطأ امرأة ثم تزوجها ومن آلى بعتق عبد ثم أعتقه واشتراه]

ومن قال لامرأته[11]: والله لا أطؤك ثم تزوجها كان في حكم المولي من يوم تزوجها، فإن أصابها حنث[12]، ولو قال: أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها -لم يلزمه

---

(١) قوله: (عليه) زيادة من (ش١).

(٢) قوله: (الإمام) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (الفراق) في (ح) و(س): (الطلاق).

(٤) قوله: (وسواء كان يرفع) في (ب): (رفعت).

(٥) في (ش١): (فإنه).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٢.

(٧) قوله: (ألا تخالفه في الوطء) يقابله في (ش١): (أي يخافه للوطء).

(٨) قوله: (رجعت) في (ح) و(س): (رفعت).

(٩) في (ش١): (فأمكنت).

(١٠) في (ش١): (مكانه).

(١١) في (ش١): (لامرأة).

(١٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٣.

ظهار، ولزمه الإيلاء[(١)]؛ لأنه حلف ألا يوجد منه فعل، ولم يعلق يمينه بوقت؛ فوجب أن يكون حانثاً متى وجد منه فعل ذلك[(٢)]، ألا ترى أنه لو أصابها حراماً بغير تزويج حنث، ولم يلزمه ظهار؛ لأنها حين يمينه عليه كظهر أمه، وهو بمنزلة من قال لها[(٣)]: وطؤك عليّ حرام، وأيضاً فإنه كان الطلاق في الجاهلية.

ولو قال لها: أنت طالق، ثم تزوجها -لم يلزمه شيء إلا أن يريد: إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي، وإن قال: إن تزوجتك فأنت طالق، ووالله لا أقربك[(٤)] وتزوجها -وقع عليها الطلاق، فإن تزوجها بعد ذلك كان على حكم المولي[(٥)].

وقد تقدم في كتاب الظهار إذا قال: إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي، ووالله لا أقربك، وإذا آلى بعتق عبده، ثم باعه -سقط عنه حكم الإيلاء، فإن عاد إليه بميراث لم تعد عليه يمين.

واختلف إذا عاد إليه[(٦)] بالشراء هل تعود عليه اليمين؟ ولا أرى عليه شيئاً إذا عاد إليه بعد أن تداولته الأملاك أو كان الحالف والمشتري من أهل الدين والفضل أو أحدهما، ولا تعود اليمين مع صحة البيع، وإنما تعود إذا لم يكن[(٧)] بيعاً، واتهما أن يكونا جعلاه ذريعة[(٨)] وأظهر البيع، فإذا كان البائع والمشتري من أهل التهم على مثل ذلك ولم تتداوله[(٩)] الأملاك -صح أن تعود اليمين.

واختلف إذا فلس الحالف أو مشتري العبد منه فباعه السلطان عليه[(١٠)]، وألا

---

(١) انظر المدونة: ٢/ ٣١٦. نص المدونة: (قلت: أرأيت إن قال الرجل لامرأة إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي، ووالله لا أقربك، أيلزمه الظهار والإيلاء جميعا في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: يلزمه الإيلاء والظهار جميعا).

(٢) في (ش١): (ذلك الفعل).

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (أقربك) في (ح) و(س): (أطؤك).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٣.

(٦) في (ش١): (عليه).

(٧) قوله: (إذا لم يكن) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (ذريعة) في (ح) و(س): (وديعة).

(١٠) في (ش١): (ولم تداوله).

(١٠) قوله: (عليه) ساقط من (ش١).

تعود اليمين أصوب؛ وبيع[(١)] السلطان يرفع التهمة[(٢)]، وإن آلى بطلاق امرأته ألا يصيب امرأة له أخرى؛ فإن آلى بطلاق الثلاث ثم طلق التي آلى منها ثلاثاً، ثم تزوجها بعد زوج عادت عليه اليمين، فإن طلق التي آلى بها ثلاثاً سقطت عنه اليمين إن تزوجها بعد ذلك، وإن طلقها واحدة لم تسقط، فإن وطئ التي آلى منها والأخرى في العدة حنث[(٣)] ببقية طلاقها، وإن أصابها بعد أن بانت منه وقد عادت[(٤)] إليه بنكاح - عادت عليه اليمين، ووقع عليه بقية طلاقها، وإن آلى من أربع نسوة بيمين واحدة فأصاب إحداهن -سقط الإيلاء عن بقيتهن[(٥)]، وإن أفرد كل واحدة منهن بيمين فحنث في واحدة كانت اليمين منعقدة في البواقي، فلو قال لواحدة: والله لا أطؤك، ثم عطف على البواقي فقال: ولا أنتِ ولا أنتِ[(٦)]؛ فإن أراد إدخالهن في اليمين الأولى[(٧)] -كانت يميناً واحدة، وإن نوى استئناف اليمين على كل واحدة فأصاب الأولى لم يحنث في البواقي.

وإن قال: والله لا أقرب[(٨)] واحدة منكن كان إيلاء واحدا، وإن قال: أيتكن قربتها. فعليه كفارة يمين، أو عليه فيها يمين[(٩)] لأنه[(١٠)] قد أفرد.

---

(١) في (ح) و(س): (لأن بيع).
(٢) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (يطرح التهم).
(٣) قوله: (حنث) في (ح) و(س): (حلف).
(٤) قوله: (منه وقد عادت) يقابله في (ش١): (وعادت).
(٥) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (باقيهن).
(٦) قوله: (أنتِ ولا أنتِ) يقابله في (ش١): (أنتنَّ).
(٧) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (أولاً).
(٨) قوله: (والله لا أقرب) يقابله في (ش١): (والله لأقرب).
(٩) زاد في (ح) و(س) و(ق١٠) و(ش١): (أو عليه فيها يمين).
(١٠) في (ب) و(ش١): (كان).




باب
فيما يسقط الإيلاء وفي صفة الفيئة

اختلف في المولي هل هو مطالب بالفيئة قبل انقضاء أجل الإيلاء، أو عند انقضائه، أو له زيادة بعد ذلك؟

(ب) ٢٩٧/أ

وذكر ابن الماجشون / في كتابه عن مالك أنه كان يقول: يقع الطلاق بمضي الأربعة الأشهر[١]. فجعل المطالبة بالفيئة في الأربعة الأشهر، ويلزم على هذا إذا كان أجل الإيلاء أربعة أشهر أن يكون على حكم المولي، فإن أصاب في الأربعة، وإلا وقع السلطان[٢] الطلاق بمضيها.

وقال أشهب: قول مالك في وقوع الطلاق على المولي وهي حائض إن ذلك إذا[٣] كان يرى الطلاق بمرور الأجل[٤]. وقال مالك في كتاب المدنيين: إذا تم[٥] الأجل وقفه الإمام ساعة ترفعه[٦]، قال وذلك إن كان الأجل الذي جعل له قد انقضى وفرغ إليه منه. ولم ير أن يزاد على الأجل شيئاً[٧]، وقال ابن القاسم عنه: يؤخر المدة بعد المدة، فإن فاء وإلا طلق عليه، وقد يكون[٨] ذلك قريباً بعضه من بعض[٩].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٧٠ ونص العتبية: (قال مالك: إذا تركت المرأة المولي زوجها حتى تنقضي الأربعة أشهر ثم رفعت أمرها وقف من ساعته ولم ينظر أربعة أشهر أخرى).

(٢) قوله: (السلطان) ساقط من (ب) و(ش١). (٣) قوله: (إذا) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٢٠٢.

(٥) في (ش١): (مرَّ). (٦) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٧٠.

(٧) في (ش١): (شيء). (٨) قوله: (وقد يكون) في (ب): (ويكون).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٧.

وروى عنه[(١)] ابن وهب في كتاب محمد أنه قال: يؤخر، وإن أقام في الاختيار حتى تحيض ثلاث حيض أو أكثر فإنه يوقف أيضاً، فإن قال: أنا أفي خُلِّيَ بينه وبينها، إلا أن يكثر ذلك فتطلق عليه[(٢)].

وروى عنه أشهب أنه قال: يخلى بينه وبينها، فإن لم يفيء حتى انقضت عدتها من يوم قال: إني أفيء طلقت عليه طلقة بائنة[(٣)(٤)].

فجعل المعنى للقول الأول في التربص ليصيب في الأربعة، وذلك غاية التربص، وفي القول الثاني أنه مخاطب بالإصابة عند تمامها، وليس فيها، وهذا أحسن، ولا وجه للقول بوقوع الطلاق لمرور الأجل من غير وقف؛ لأن الإصابة حق لها، فوجب ألا يقضى بذلك الحق إلا بعد قيام صاحبه به، فإذا قام بحقه أمر مَنْ قِبَلَهُ[(٥)] ذلك الحق بالوفاء به، فإن لم يفيء حكم عليه إذا طلبت الطلاق عند لَدَدِهِ، فإن تركت[(٦)] القيام بالطلاق بعد لدده لم تطلق، وقال سليمان بن يسار: كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ كلهم يوقفون المولي[(٧)]. وهو رأي عثمان وعلي وعائشة ﷺ[(٨)].

وأرى ألا يمهل بعد تمام الأجل الذي جعله الله سبحانه عدلاً بينهما وحكماً عليهما.

وقوله في كتاب محمد: إذا لم يفئ حتى انقضت عدتها راجع إلى هذا؛ لأنه لم

---

(١) قوله: (عنه) ساقط من (ح) و(س). (٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٧.

(٣) قوله: (طلقة بائنة) في (ح) و(س): (ثالثة)، وفي (ش١): (طلقة ثانية).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٠. (٥) في (ح) و(س): (عنده).

(٦) في (ب): (ترك).

(٧) أخرجه الشافعي في مسنده: ١/ ١٥١، من كتاب اليمين مع الشاهد الواحد، برقم (٧٣٢).

(٨) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٢٥٨.

يزد في الأجل شيئاً إلا أنه يدخله الاعتراض من وجهين:

أحدهما: أنه جعل الطلاق والعدة مترقباً، فإن وطئ كانت على الزوجية من غير طلاق، وإن لم يصب كان الطلاق واقعاً من يوم انقضاء الأجل.

والوجه الثاني: أنه يخلو بها لمثل ذلك، وتبقى العدة على حكمها، ولا يكون عليها لتلك الخلوة عدة، وهذا خلاف المعروف من قوله في الخلوة، وقد قال ابن القاسم في المولي تطلق عليه امرأته ثم يرتجع[1] ولا يطأ حتى تنقضي العدة: إنه إن خلا بها كانت عليها عدة أخرى[2]، وإن حل الأجل وهي حائض وسأل الصبر حتى تطهر ليصيب[3] - أمهل، وإن كان في ذلك زيادة في الأجل؛ لأن الامتناع من سببها. يريد: الحيض[4].

واختلف إذا قال: لا أفيء هل تطلق عليه الآن؛ وهي حائض؟ فقيل: لا تطلق للنهي عن الطلاق في الحيض. وقيل: تطلق عليه بالقرآن[5]، ويجبر على الرجعة بالسنة، والأول أحسن؛ لأن الطلاق حينئذ ضرر عليه من غير منفعة للزوجة؛ لأنه يجبر على الرجعة، فتبقى زوجة[6]، ثم تطهر فتطلق عليه أخرى من غير منفعة في الأولى.

ويختلف إذا تعدى فوطئها وهي حائض أو صائمة هل يسقط حكم الإيلاء؛ قياساً على وقوع الإحلال به والإحصان؟ والقياس أن يسقط حقها في الإصابة؛ لأنها[7] نالت من ذلك ما كانت تجد قبل[8] لو كانت طاهرة أو مفطرة.

---

(١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (يطلق عليه ثم يرتجع).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٦٥.

(٣) في (ح) و(س): (فيصيب).

(٤) قوله: (يريد: الحيض) ساقط من (ب).

(٥) في (ح) و(س): (بالفراق).

(٦) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (زوجته).

(٧) قوله: (في الإصابة؛ لأنها) في (ب): (أنها).

(٨) قوله: (قبل) ساقط من (ح) و(س).

فصل

[هل يسقط الإيلاء إذا كفَّر المولي ولم يصب أم لا؟]

اختلف هل يسقط الإيلاء إذا كفَّر المولي ولم يصب، فقال مالك مرة: يسقط الإيلاء عنه إذا كفَّر[1]. وسواء كانت اليمين بالله أو بعتق غير معين أو بصدقة شيء مضمون، وإن لم يصب[2]. وقيل: إن كانت اليمين بالله لا يجزئه إلا الإصابة[3]؛ لإمكان أن تكون كفارته عن يمين غير هذه، وإن آلى بعتق أو طلاق فأعتق أو طلق أجزأه.

وقال مالك في مختصر[4] ابن عبد الحكم: لا فيئة لمولٍ إلا بإصابة. ولم يراع[5] بأي شيء كانت اليمين.

وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يسقط الإيلاء إلا بالوطء كانت اليمين بمعين أو مضمون[6]، قال: وهو تأويل قوله سبحانه: ﴿فَإِن فَآءُو﴾: يعني: الإصابة[7]، وهذا هو الحق والصواب؛ لأن اليمين إنما كانت على ترك حقها أو حق هو لها، وهو الوطء؛ فجعل الله سبحانه للزوجة في ذلك مقالاً وقياماً، وجعل له أن يتربص له مدة سماها ليفيء فيها، والفيئة: الرجوع إلى ما كان عليه من الحق، وهو الوطء، ومعلوم أن الكفارة ليست بفيئة، وإنما هي إسقاط يمين، وحق الزوجة في الإصابة ليس في الكفارة.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٥١٨.
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٥١٨
(٣) في (ش١): (لم تجزه الإصابة). وانظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٧٣.
(٤) قوله: (مالك في مختصر) في (ح) و(س): (في كتاب).
(٥) في (ح) و(س): (يفرق).
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٦.
(٧) قوله: (يعني: الإصابة) ساقط من (ح) و(س)، وفي (ش١): (يعني: بالمصاب).

فصل

[فيمن ضرب لإيلائه أجلا أكثر من أربعة أشهر بالشيء القريب]

واختلف فيمن ضرب لإيلائه أجلاً أكثر من أربعة أشهر بالشيء القريب، فلما تمت الأربعة الأشهر[1] قال: / دعوني حتى ينقضي[2] الأجل، فأصيب من غير حنث ولا كفارة، فقال محمد: إذا كانت يمينه على أكثر من أربعة أشهر ولو يوماً واحداً فهو مولٍ[3]. فعلى هذا لا يؤخر إن قال: أخروني حتى يمضي[4] ذلك اليوم وأصيب بغير حنث ولا كفارة، وهذا موافق لرواية ابن دينار أنه يوقف عند تمام الأربعة الأشهر[5] بغير زيادة.

(ب) ٢٩٧/ب

وقال أبو محمد عبد الوهاب: إذا زاد على يمينه على الأربعة الأشهر مدة مؤثرة فهو مولٍ[6]. يريد: إذا كانت الزيادة يسيرة أخر إليها ولم يكن مولياً.

وقال في المدونة فيمن قال: والله لا أطؤك حتى أقضي فلاناً حقه، وفلان غائب، وقال: دعوني أخرج إليه، قال: إن كان البلد قريباً مثل ما يختبر بالفيئة كان ذلك له[7] بمنزلة من قال: إن وطئتك حتى أكلم فلاناً فأنت طالق فمضت أربعة أشهر، فقال: أنا أفيء والمحلوف عليه غائب[8] قريب الغيبة، فإنه يترك[9].

فساوى بين فيئته بالوطء وبالكفارة إن كفر، وبإسقاط اليمين بغير كفارة ولا

---

(١) قوله: (الأشهر) ساقط من (ش١).
(٢) في (ش١): (يقضي).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٣.
(٤) في (ش١): (ينقضي).
(٥) في (ش١): (أشهر).
(٦) انظر: التلقين: ١/ ١٣٣.
(٧) قوله: (له) ساقط من (ش١).
(٨) قوله: (غائب) ساقط من (ب).
(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٦.

وطء، والأول أحسن، ولا يزاد في الأجل الذي جعل الله له[1] شيئاً[2].

فصل

[فيما إذا حل أجل الإيلاء وهو مريض أو مسجون هل تسقط المطالبة بالفيء؟]

وإذا حل أجل الإيلاء وهو مريض أو مسجون سقطت المطالبة بالفيء[3] بالوطء للعذر الذي له، فإن كانت اليمين في شيء[4] بعينه -عتق أو صدقة أو طلاق- كانت الفيئة بإسقاط اليمين، فإن أبى طلق عليه[5].

واختلف إذا كانت اليمين بغير معين هل يلزم بإسقاط اليمين، أو يؤخر حتى يصح، أو يخلى من السجن؟

وهو أحسن[6]؛ لأنه مطالب بعد ذلك بالإصابة على الصحيح من المذهب، فإن أبى طلق عليه، فإن قال وهو مريض أو مسجون: لا أفيء فطلق[7] عليه، ثم ارتجع -كانت رجعته رجعة[8] ثابتة ، وإن لم يطأ حتى خرجت من العدة، فإذا صح أو أطلق أمكن منها، فإن لم يصب فرق بينهما ولا عدة عليها، قال ابن القاسم: إلا أن يخلو بها فيكون[9] عليها العدة، فإن اختلفا فقال: أصبت وأنكرت كان القول قوله مع يمينه.

---

(١) في (ش١): (إليه).

(٢) قوله: (ولا يزاد في الأجل الذي جعل الله له شيئاً) في (ح) و(س): (لأن الله جعل له حداً).

(٣) في (ش١): (بالفيئة).

(٤) في (ش١): (كانت اليمين بشيء).

(٥) قوله: (عليه) ساقط من (ش١). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٤١.

(٦) قوله: (وهو أحسن) في (ح) و(س): (وأحسن أن يؤخر).

(٧) في (ش١): (طلق).

(٨) قوله: (رجعة) زيادة من (ش١).

(٩) في (ش١): (فتكون).

قال الشيخ رحمه الله: فإن نكل حلفت وكانت[١] مثل ما إذا[٢] اختلفا في الوطء، وادعى[٣] الفيئة فنكل؛ أنها تحلف وتطلق عليه.

فصل

[فيما إذا أراد المولي أن يسافر هل ذلك له؟]

وإذا أراد المولي أن يسافر كان[٤] ذلك له، وليس لزوجته أن تقول: أمهل حتى يتم الأجل فتصيب.

قال ابن القاسم في العتبية: ويوكل من يفي عنه بالكفارة أو تطلق[٥] عليه[٦]، وقال ابن كنانة: إذا كان مقراً بالإيلاء ترك، فإذا حل الأجل طلق عليه، وإن كان منكراً والمرأة تدعي ذلك حبس حتى يتحاكما[٧].

واختلف إذا سافر قبل أن ترفع زوجته أمرها[٨] ولم يوكل، فقال في المدونة: لا تطلق عليه حتى يكتب إليه[٩].

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: تطلق عليه، بخلاف المريض والمسجون، وفي السليمانية تطلق عليه، وإن خرج حاجاً أو غازياً، وأرى إذا كان خروجه لحجة الفريضة أو لغير ذلك مما يعلم أنه اضطر إلى السفر إليه -أن يؤخر حتى يقدم، ولا يطلق عليه الآن[١٠]؛ لأن ذلك عذر كالمرض، وإن كان

---

(١) في (ش١): (وكان).

(٢) في (ش١): (لو).

(٣) قوله: (وادعى) في (ح) و(س): (وادعيا).

(٤) في (ح) و(س): (جاز).

(٥) في (ش١): (يطلق).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٩٦، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٢.

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٩٦.

(٨) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (أمره).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٧.

(١٠) قوله: (الآن) ساقط من (ح) و(س).

يرى أنه[1] فعل ذلك لدداً أو فراراً طلق عليه، وسواء كان وكل من يكفر عنه أم لا؛ لأن حقها في الإصابة، وقد قصد الضرر بها في ذلك، وإذا لم يكن سفره فراراً وكانت يمينه بمعين -طلاق أو عتق- أُمِرَ بأن يوكل من يسقط عنه اليمين أو يطلق عليه، وإن لم ينظر في الوكيل حتى غاب[2] لم يطلق عليه.

ويختلف إذا كانت اليمين بالله؛ فعلى القول أنه لا يجزئه لو كان حاضراً إلا[3] الإصابة: لا يطلب بوكيل، وقال محمد: إذا آلى وهو غائب فرفعت زوجته أمرها -لم تطلق عليه وإن طالت غيبته[4]. قال مالك: ويكتب إليه فيوقف في موضعه، فإما فاء وإما طلق عليه كما يفعل بالمسجون[5]، والمريض[6]. يريد: إذا كانت اليمين بمعين.

واختلف إذا كانت بمضمون، وظاهر المذهب إذا قدم بعد مضي أربعة أشهر أنه يوقف بالحضرة، والقياس أن يستأنف الأجل من يوم قدومه؛ لأنها[7] لم يكن لها حق ولا مطالبة في الوطء في حين غيبته.

ولو قال: والله لا أقرب زوجتي في غيبتي لم يكن بمولٍ؛ لأنه يستحيل وجود ذلك منه في غيبته، وأن يتصور حقها، والأجل[8] في الموضع الذي يصح فيه منه الوطء.

وقد وردت أسئلة جعل للزوجة فيها أن يوقف[9] الزوج على الفيئة أو

---

(١) قوله: (كان يرى أنه) ساقط من (ح) و(س).

(٢) قوله: (في الوكيل حتى غاب) في (ح) و(س): (الوكيل حتى طال).

(٣) قوله: (إلا) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢١.

(٥) قوله: (بالمسجون) في (ح) و(س): (بالمجنون).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٧.

(٧) في (ش١): (لأنه).

(٨) قوله: (والأجل) في (ح) و(س): (وإلا جعل).

(٩) في (ش١): (توقف).

الطلاق، والقياس أن لا مقال لها فيها.

فمن ذلك: المولي يطلق قبل تمام أجل الإيلاء أو يولي بعد الطلاق أو يعقد الإيلاء وهو مريض، أو غائب، فقال ابن القاسم: إذا طلقها قبل أجل الإيلاء، ثم[1] تم الأجل وهي في العدة لها أن توقفه[2].

والصواب أن لا وقف لها في ذلك؛ لأن الزوج يقول: إنما حقك عند تمام الأجل إذا لم أصب أن أطلق[3]، فقد عجلت ذلك لك قبل الوقت الذي جعله[4] الله لي، ولا أفعل الآن لو وقفت[5] أكثر من الذي تقدم وهو الطلاق، وإنما مطالبتك/ أن أطلق[6] لتتزوج أو لتحكم على نفسك، وقد جعلت لك إلى ذلك السبيل الذي جعله الله لك.

(ب) ٢٩٨/أ

وقال أيضاً إذا آلى بعد الطلاق الرجعي فمضت أربعة أشهر قبل انقضاء العدة: لها أن توقفه بوقف[7] الإيلاء، والوقف في هذا أبعد؛ لأن الوقف إنما يكون لمن حلف على ترك ما لها فيه حق، والمطلقة لا حق لها في الوطء لو لم يحلف، ولا خلاف أن الرجعة حق له لا عليه؛ إن شاء ارتجع وأصاب وإن شاء لم يرتجع، فكيف يجبر على أن يرتجع ليصيب أو يطلق عليه مرة أخرى؟! قال محمد: لو قال لها: والله لا أطؤك[8]: إنه مولٍ، وهو مثل الأول؛ لأنه حلف على ما ليس لها عليه[9] فيه حق. وقال فيمن آلى وهو مريض لا يقدر على

---

(١) قوله: (ثم) ساقط من (ش١).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٩.

(٣) قوله: (أن أطلق) زيادة من (ش١).

(٤) في (ش١): (جعل).

(٥) قوله: (لو وقفت) يقابله في (ش١): (لو رفعت أمرك).

(٦) في (ش١): (أطلقك).

(٧) في (ش١): (توقيف).

(٨) في (ش١): (لا وطئتك).

(٩) قوله: (عليه) ساقط من (ب).

الوطء: لها إيقافه[١] عند تمام الأربعة الأشهر[٢]. وفي كتاب محمد مثل ذلك إذا آلى وهو غائب.

ولا أرى أن يتوجه لها وقف، ولا حق في موضع لو لم يحلف لم يكن عليه فيه حق، ولا يوجب لها اليمين حقاً لم يكن قبل يمينه، فإذا صح أو قدم كان لها الحق، واستؤنف الأجل من حينئذ، ولأنه لو لم يحلف إلا عند صحته أو قدومه لكان لها[٣] الأجل من حين حلف، ولا يكون لها أن تقول: إنه قد أضر بي ما كان من الصبر في غيبته ومرضه، وكذلك إذا آلى وهو مسجون ينبغي أن يستأنف الأجل بعد خروجه[٤].

---

(١) في (ش١): (لها أن توقفه).

(٢) في (ش١): (أشهر). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٤٨.

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ش١).

(٤) في (ش١): (حبسه).

باب



في إيلاء من لا[١] يصح منه الوطء[٢] كالحصور والعنين والمجبوب[٣] والشيخ الكبير



اختلف في إيلاء هؤلاء، فقال مالك وابن القاسم: ليس ذلك إيلاء[٤] ، ولا وقف للزوجة فيه. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب في الخصي. يريد: المجبوب هو مولٍ[٥]؛لأن للزوجة فيما آلى منه منفعة من المضاجعة والمباشرة والاستمتاع به، فإذا قطع ذلك عنها وهو الذي تزوجته له؛ كان لها أن توقفه عند انقضاء أجل الإيلاء، قال: وأما الشيخ فلا إذا كان قد أقعده[٦] الكبر وقطع منه ما فيه التمتع[٧].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: قوله في المجبوب حسن؛ لأنها[٨] تستمتع به ويفعل معها ما لا يجوز للمرأة أن تفعله مع المرأة، وكذلك العنين والحصور لها أن تقوم بالفراق، وليس عند الأربعة الأشهر[٩] ، ولكن عندما تدرك منه[١٠] المضرة، وقد يكون الأجل في هذا أوسع ممن يوجد منه الوطء.

---

(١) في (ش١): (لم).

(٢) في (ش١): (وطء).

(٣) قوله: (والمجبوب) ساقط من (ح) و(س).

(٤) في (ش١): (بإيلاء).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٧.

(٦) قوله: (أقعده) في (ح) و(س): (أفسده).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٧.

(٨) في (ش١): (أنها).

(٩) في (ش١): (أشهر).

(١٠) قوله: (تدرك منه) يقابله في (ش١): (يدرك عنه).




باب
في الإيلاء من الصغيرة ومن آلى قبل البناء

ومن آلى من صغيرة لم تبلغ الوطء[١] لم يكن لها وقفه[٢] عند انقضاء الأربعة الأشهر[٣]، وإن كان قد دخل بها وضمها إليه، فذلك سواء[٤]، وإذا بلغت الوطء كان لها وقفه إذا مضت أربعة أشهر من يوم بلغت ذلك إذا كان ضمها إليه، وإن لم[٥] يكن بنى بها حتى مضت[٦] أربعة أشهر من بعد بلوغها حد الوطء[٧]، وادعى أن البناء بعد انقضاء جهازها وجهازه.

وكذلك الإيلاء من الكبيرة قبل البناء فلا يراعى ما مضى من الأمد قبل أن يدعى إلى الدخول، وقبل أن يمضي ما يتجهزا فيه، فإذا انقضى شأنهما فيما يريدان من ذلك ودعي إلى البناء فأبى كان الأجل من حينئذ؛ لأنه الوقت الذي يوجب[٨] لها الحق في الإصابة.

---

(١) قوله: (الوطء) ساقط من (ب).

(٢) في (ش١): (وقف).

(٣) في (ش١): (أشهر).

(٤) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (سبب).

(٥) قوله: (لم) ساقط من (ش١).

(٦) في (ش١): (يمضي).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٣.

(٨) في (ش١): (توجّه).




باب
في المولي يُجن

وقال أصبغ في العتبية فيمن آلى وهو صحيح ثم حل أجل الإيلاء وهو مجنون؛ فإن[١] السلطان يوكل من ينظر في أمره فيفي عنه بالكفارة إذا كانت يمينه تمنعه الوطء أو يطلق عليه، قال: وإن وطئها في حال جنونه كان وطؤه فيئة ويكفر عنه وليه[٢].

قال الشيخ رحمه الله: وطؤه في[٣] حال جنونه يسقط حقها في الوقف[٤]، ولا يوجب عليه حنثاً كما لو طلق حينئذ؛ لأنه غير مخاطب بالشرع لعدم العقل[٥]، ولو لم يطأ لم يكن لها في ذلك وقف؛ لأن ذلك عذر كالمرض إذا كان يعفيها من نفسه على القول أنه لا يطلق على المجنون إذا لم يكن آلى، وكان يعفيها من نفسه[٦] والمجنون يخلو معها، فإن أصاب فذلك[٧]، وإن لم يصب لم يطلق عليه؛ لأن ذلك ليس امتناعاً منه لأجل اليمين، وكما لم يكن لها مقال إذا قطع ذكره، وهو في المجنون أبين؛ لأنه إن لم يصب الآن أصاب بعد، وإن أصاب في حال جنونه ثم صح استؤنف الأجل من يوم صح؛ لأن مقالها في ذلك الأجل سقط بالإصابة، ثم يوقف بعد صحته لأجل اليمين؛ لأنها باقية بعد[٨] لم تحل.

---

(١) في (ش١): (إن).
(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٩٤ و٣٩٥.
(٣) قوله: (في) زيادة من (ش١).
(٤) في (ش١): (الوقت).
(٥) في (ح) و(س): (الفعل).
(٦) قوله: (على القول...من نفسه) ساقط من (ح) و(س).
(٧) في (ش١): (بذلك).
(٨) قوله: (بعد) ساقط من (ش١).



باب
في إيلاء العبد والسفيه



إيلاء العبد بالله لازم، ولا مقال للسيد في ذلك، وإيلاؤه بالعتق، والصدقة موقوف على إجازة السيد ورده[١]؛ فإن أجازه لزمه، وكان العبد حينئذ كالحر، فإن وطئ وأحنث نفسه، وإلا طلق عليه، وإن رد سيده عقده[٢] وكانت اليمين/ بعتق عبد بعينه أو صدقة شيء بعينه سقط إيلاؤه، وإن كان بغير معين كان للسيد إسقاط عقده عند ابن القاسم، ويسقط عنه حكم الإيلاء، وليس ذلك له عند أشهب، وحكم الإيلاء قائم عليه، وإن كان[٣] السيد غائباً كان على حكم المولي؛ لإمكان أن يجيز سيده عقده، ولا يؤخر إذا حل أجل الإيلاء لأجل غيبة السيد، وإيلاء السفيه بالله وبالطلاق لازم، وقال عبد الملك بن الماجشون: وإيلاؤه بالعتق والصدقة غير لازم؛ لأنه ليس لوليه أن يجيز ذلك، وإن آلى بصيام أو صلاة أو ما أشبه ذلك كان مولياً؛ لأن ذلك مما لا ولاء عليه فيه.

(ب) ٢٩٨/ب

---

(١) قال في المدونة: (أرأيت العبد إذا آلى بالعتق أو بالصدقة، أيكون موليا. قال: قال مالك في عبد حلف بعتق جارية إن اشتراها، فأتى مالكا يستفتيه، قال مالك: لا أحب أن تشتريها ونهاه عن ذلك. قال ابن القاسم: فقلت لمالك أسيده أمره أن يحلف بها؟ قال مالك: لا، ما قال لي إن سيده أمره بأن يحلف. قال مالك: ولم أر له أن يشتريها. قال ابن القاسم: فأراه موليا لأنه لو حنث ثم أعتق لزمته اليمين). انظر: المدونة: ٢/ ٣٥١.

(٢) في (ش١): (عتقه)#.

(٣) قوله: (كان) ساقط من (ش١).

فصل

[في أمد إيلاء العبد]

اختلف في أمد[١] إيلاء العبد، فقال مالك في المدونة[٢]: شهران[٣].

وفي مختصر ابن شعبان أنه أربعة أشهر كالحر[٤]؛ لأنها المدة التي يلحق فيها[٥] الزوجة الضرر بالصبر إليها، فلم يفترق رفع المضرة عنها إذا كان الزوج حراً أو عبداً؛ فلا يجوز أن يطلق على الزوج إذا كان عبداً في موضع لم يلحق الزوجة فيه ضرر، ولو كان ذلك مبنياً على الحرية لفرق بين الأمد الذي يطلق فيه على الحر إذا كانت زوجته حرة، وبينه إذا كانت أمة، وقال ابن القاسم في العبد يولي فيكون أجل إيلائه شهرين ثم يعتق بعد شهر: إنه يبني على أجل العبد، فإن مضى شهر آخر وقفته[٦].

قال محمد: ولو حلف بالطلاق ليفعلن، فقامت بعد[٧] أن أعتق، فإن أجله أربعة أشهر. يريد: لأن العتق سبق الأجل، ولو رفعته قبل العتق، وضرب له أجل شهران ثم أعتق -وقفته عند تمام الشهرين، ولم يرد إلى أجل الحر.

---

(١) في (ش١): (أجل).

(٢) قوله: (في المدونة) ساقط من (ب) و(ش١).

(٣) قال في المدونة: (كل عبد آلى من نسائه وتحته حرائر وإماء مسلمات أو مشركات، حرائر من أهل الكتاب فأجل إيلائه شهران) انظر ?ك المدونة: ٢/ ٣٥١.

(٤) انظر: الزاهي، لابن شعبان، لوحة رقم: [٨٢/ ب].

(٥) قوله: (فيها) ساقط من (ش١).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥١.

(٧) قوله: (شهر: إنه يبني على أجل ... فقامت بعد) ساقط من (ش١).

فصل

[في الرجل يكبر وتكون عنده أم الولد أو الشابة]

وقال مالك في الرجل يكون[1] له أم ولد فيكبر[2] ويذهب ذلك منه ويتركها فلا شيء عليه، وقد كان رجال صالحون تكون عندهم الشابة فيخيرها في أن يحبسها أو يبيعها[3]. قال: وبلغني أن رجلاً من صالح الناس خير امرأته، قيل له: أفتستحسن هذا؟، قال: ما أحب أن أضيق على الناس[4]، وإني لأراه حسناً، قال: ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها، ولا عن الأمة إذا كانت زوجة إلا بإذن سيدها[5]. يريد: لحقه[6] في الولد ما لم تكن حاملاً، أو في سن من لا تحمل لصغر أو كبر.

تم كتاب الإيلاء والحمد لله

---

(١) في (ش١): (تكون).

(٢) في (ح) و(س): (فتكبر).

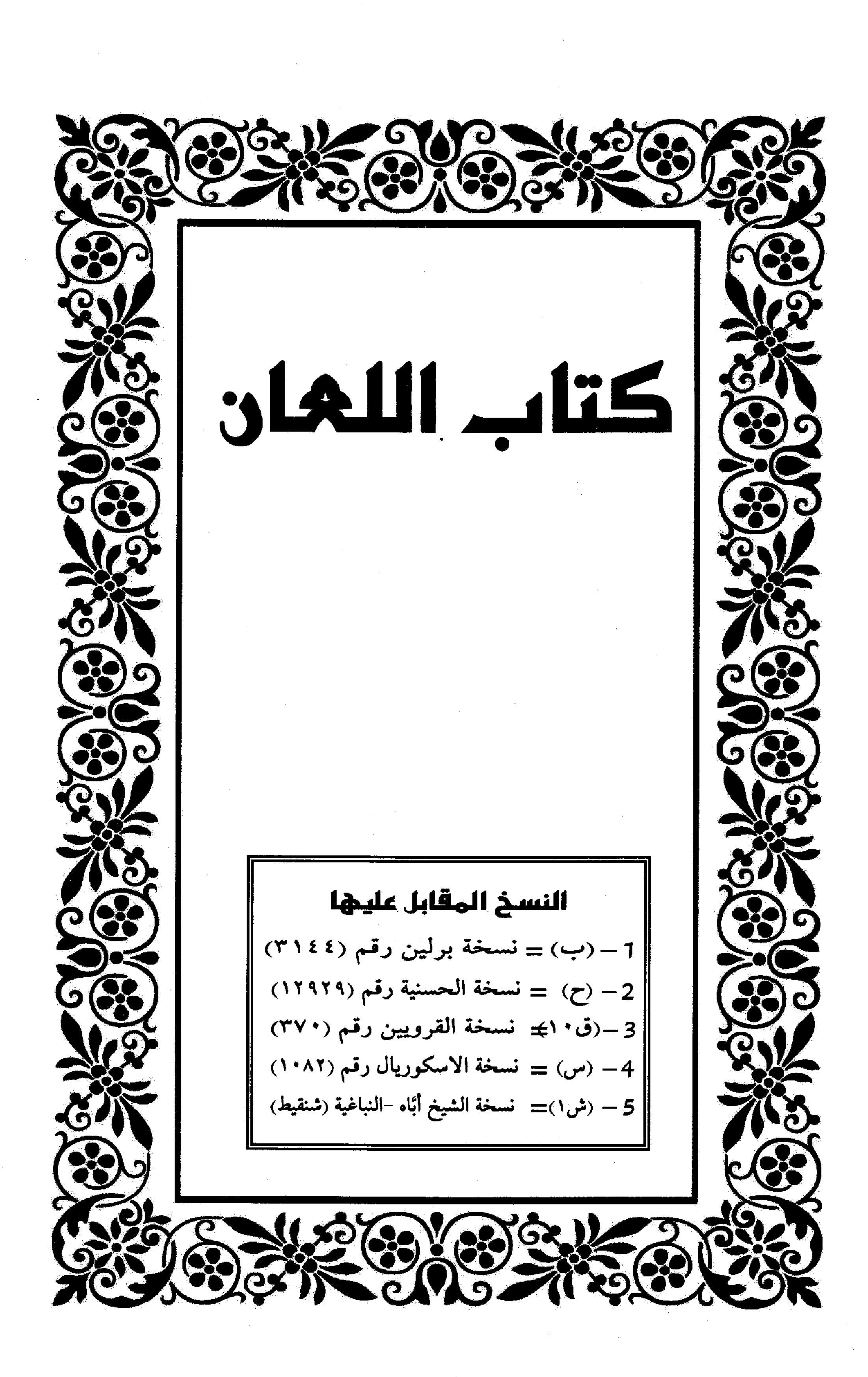
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٣، ٢٥٤.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٤

(٥) انظر: البيان والتحصيل: انظر: ١٨/ ١٥٢، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٤.

(٦) في (ش١): (لحقها).





كتاب اللعان

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 –(ق١٠)= نسخة القرويين رقم (٣٧٠)

4 – (س) = نسخة الاسكوريال رقم (١٠٨٢)

5 – (ش١)= نسخة الشيخ أبّاه –النباغية (شنقيط)



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب اللعان



باب

في اللعان بين الزوجين وصفته



الأصل في ذلك قول الله سبحانه: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ ﴾ الآيات [النور:٦] وحديث عويمر العجلاني قال: يَا رَسُولَ الله أَرَأَيْتَ رَجُلاً وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ الله ﷺ: «قَدْ أُنْزِلَ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ، فَاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا». فَتَلاَعَنَا، فَلَمَّا فَرَغَا قَالَ عُوَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ الله إِنْ أَمْسَكْتُهَا. فَطَلَّقَهَا ثَلاَثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ الله ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ الله: ذَاكُمُ(١) التَّفْرِيقُ بَيْنَ كُلِّ مُتَلاَعِنَيْنِ، وقال: أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ لاَ سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا، قالَ ابن عمر(٢): وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِأُمِّهِ، قال سهل: كَانَ ابْنُهَا يُدْعَى لأُمِّهِ(٣).

وقذف هلال بن أمية زوجته بشريك بن سحماء، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بالمرأة، وقد اجتمع على هذين الحديثين البخاري ومسلم(٤).

---

(١) في (ش١): (ذلكم). (٢) في (ش١): (أبو عمر).

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٣٣، في باب التلاعن في المسجد، من كتاب الطلاق، برقم (٥٠٠٣) بمعناه، ومسلم: ٢/ ١١٢٩، في أول كتاب اللعان، برقم (١٤٩٢).

(٤) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٢/ ٩٤٩، في باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، من كتاب الشهادات، في صحيحه، برقم (٢٥٢٦)، ومسلم:

فصل

[في صفة اللعان للرؤية، ولنفي الحمل]

واختلف[(١)] في صفة اللعان للرؤية، ولنفي الحمل، فأما الرؤية فأحسن ذلك أن يقول: أشهد بالله الذي لا إله إلا هو؛ إني لمن الصادقين، لرأيتها تزني زنا كالمِرْوَد[(٢)] في المُكحُلة[(٣)]، يقول ذلك أربع مرات، ثم يقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

ثم تقول المرأة: أشهد بالله الذي لا إله إلا هو إنه لمن الكاذبين، وما رآني أزني، تقول ذلك أربع مرات، ثم تقول في الخامسة: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ويستحب أن توقف المرأة عند الخامسة؛ لقول النبي ﷺ عند الخامسة «**أَقِيمُوهَا فَإِنَّهَا مُوجِبَةٌ**»[(٤)].

وقد اختلف في هذه الجملة في ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا قال: أشهد بالله، ولم يزد أو أقسم بالصفة، فقال: أشهد بعلم الله، أو قال: أقسم بالله، ولم يقل: أشهد، أو قال: أشهد بالرحمن، ولم يقل: بالله.

والثاني: إذا لم يقل: إني لمن الصادقين، أو جعل مكان ذلك إن كنت كذبت عليها، أو جعل مكان اللعنة الغضب، أو جعل مكان الغضب اللعنة[(٥)].

=

٢/ ١١٣٤، من كتاب اللعان، برقم (١٤٩٦).

(١) في (ش١): (اختلف).

(٢) المِرْوَدُ: بكسر الميم الميل الذي يكتحل به والميم زائدة. انظر: لسان العرب: ٣/ ١٨٧.

(٣) انظر: المعونة: ١/ ٦١٣.

(٤) أخرجه البخاري: ٤/ ١٧٧٢، في باب تفسير سورة النور، من كتاب التفسير برقم (٤٤٧٠).

(٥) قوله: (أو جعل مكان الغضب اللعنة) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

والثالث: إذا لم يقيد[١] الزوج لعانه، فيقول: كالمرود في المكحلة، فقال في المدونة: يقول أشهد بالله[٢]، وفي كتاب الأقضية من كتاب محمد: يزيد: الذي لا إله إلا هو[٣].

وهو أبين؛ لأن العمل على[٤] ذلك في الأيمان في الأموال، واللعان أعظم حرمة[٥]، فإن لم يفعل أجزأه[٦] عند مالك ولم يجزئه عند / أشهب[٧]، وكذلك إذا حلف بالصفة، فقال مالك في كتاب محمد: يقول: أشهد بعلم الله[٨]، وعلى أصل أشهب: لا يجزئه؛ لأنه قال: إذا حلف في الأموال، فقال: والله، ولم يزد أو قال: والذي لا إله إلا هو؛ لم يجزئه[٩]، والحالف بالله الذي لا إله إلا هو حالف بالذات عنده[١٠]؛ فإذا لم يجزئه اليمين عنده بالله[١١] لم يجزئه اليمين بالصفة.

(ب) ٢٩٩/أ

وفي شرح الرسالة: إذا جعل مكان أشهد أقسم، أو مكان قوله: بالله بالرحمن، قال: النظر يقتضي أنه لا يجوز إلا ما نص عليه. وهذا خلاف لقول مالك؛ لأنه أجاز اللعان بالصفة أن يقول: أشهد بعلم الله[١٢].

وأرى: إذا حلف بالذات بأي أسمائه حلف أجزأه، وهو المراد بالقرآن أن يحلف به، وليس أنه مقصور على ذلك الاسم، وقد قال النبي ﷺ: «**مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَصْمُتْ**»[١٣] ولا يختلف أن الحالف بالرحمن حالف بها

---

(١) في (ب) و(ش١): (يفسر) وأشار إلى ما أثبتناه في هامش (ب) وكتب في نسخة.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٣.

(٤) في (ش١): (في).

(٥) قوله: (حرمة) ساقط من (ش١).

(٦) في (ش١): (أجزأت).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٣.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١٥٣.

(١٠) قوله: (عنده) زيادة من (ش١).

(١١) قوله: (بالله) ساقط من (ح) و(س).

(١٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(١٣) سبق تخريجه في كتاب الأيمان، ص: ١٦٧٣.

يجوز له، وداخل فيما أباح النبي ﷺ أن يحلف به[١]، وكان النبي ﷺ يقول في قسمه: «لا[٢] وَمُقَلِّبِ الْقُلُوبِ»[٣]، وأجاز في المدونة ألا يثبت في لعانه: إني لمن الصادقين[٤]، وأثبت ذلك في كتاب محمد[٥] وهو أحسن لورود القرآن به، وفي البخاري، قال: **أمرهما النبي ﷺ: أن يتلاعنا بما في القرآن**[٦].

وفي كتاب محمد: إذا جعلتْ مكان: "إن كان من الصادقين"، "إنه لمن الكاذبين" أجزأها[٧]، وقال أبو محمد عبد الوهاب: إذا جعل مكان اللعنة الغضب أو مكان الغضب اللعنة؛ النظر يقتضي ألا يجوز لمخالفتهما[٨] القرآن[٩].

---

(١) في (ش١): (بالله).

(٢) قوله: (لاَ) ساقط من (ش١).

(٣) أخرجه البخاري: ٦/ ٢٤٤، في باب ﴿ يَحُولُ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَقَلْبِهِۦ ﴾، من كتاب القدر، برقم (٦٢٤٣)، ومالك: ٢/ ٤٨٠، في باب جامع الأيمان، من كتاب النذور والأيمان، برقم (١٠٢١).

(٤) الذي وقفت عليه في المدونة أنه قال: (يبدأ بالرجل فيحلف أربع شهادات، يقول: أشهد بالله لرأيتها تزني أشهد بالله لرأيتها تزني، يقول ذلك أربع مرات). انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢، بلفظ: (ومن كتاب محمد قال ابن وهب: يقول هو في الأربع أشهد بالله إني لمن الصادقين، وفي الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتقول هي: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين).

(٦) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٤/ ١٧٧٣، في باب تفسير سورة النور، من كتاب التفسير، برقم (٤٤٧١)، ومسلم: ٢/ ١١٢٩، من كتاب اللعان، برقم (١٤٩٢)، ومالك: ٢/ ٥٦٦، في باب ما جاء في اللعان، من كتاب الطلاق، برقم (١١٧٧).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢، بلفظ: (قال أصبغ: وإن قال هو في الخامسة في مكان إن كنت من الكاذبين، وإن كنت كذبتها أجزأه. ولو قالت المرأة في الخامسة في مكان: "إن كان من الصادقين" "إنه لمن الكاذبين" أجزأها، وكذلك لو استحلفها الإمام بذلك، وأحب إلينا مثل لفظ القرآن.

(٨) في (ش١): (لمخالفتها).

(٩) لم أقف عليه من قول القاضي عبد الوهاب، ويشبه أن يكون المؤلف نقله من شرح الرسالة المتقدم، وفي المعونة: (ولا ينبغي أن تتعدى الألفاظ التي ورد النص بها، ولا أن يبدل بها غيرها =

وأجاز في المدونة أن يقتصر على القول: لَرَأَيْتُها[١]، وقال مالك في كتاب محمد: يقول كما يقول الشهود، ويوقف على ذلك، وقال أصبغ: يقول ذلك في كل مرة كالمرود في المكحلة[٢].

وهو أحسن؛ لأن أيْمانه بمنزلة الشهادة[٣] توجب رجمها متى نكلت، فوجب أن يُثبت في لعانه ما تثبت البينة؛ لأنه لو قال: لرأيته عليها أو مضاجعها لم يوجب رجمها، فقد يريد بقوله ذلك القدر[٤]، وليس عليها أن تثبت ذلك في لعانها، وقولها: ما رآني أزني كافٍ.

واختلف إذا بدأت المرأة باللعان، قبل الرجل، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: يجزئها، وليس عليها أن تعيد اللعان ثانية بعد لعان الرجل، وقال أشهب: تعيد الأيمان بعد لعان الرجل، وكذلك في الحقوق إذا بدأ الطالب ثم علم أن اليمين على المطلوب[٥].

يريد: ثم نكل المطلوب؛ أن اليمين ترد على الطالب.

وقول أشهب في اللعان أبين؛ لأن أيمان الرجل كالشهادة عليها بالزنى، فليس تسقط بأيمانها بينةٌ لم تشهد عليها بعدُ، ولأنها تحلف أنه لمن الكاذبين في أيمانها.

فصل

[في صفة اللعان بنفي الحمل]

اختلف في صفة اللعان بنفي الحمل؛ فقال ابن القاسم في المدونة: يقول: =

لأن النص أوجب تعيين لفظ مخصوص كإيجاب عدد الشهادات) انظر: المعونة: ١/ ٦١٧.

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٢، بلفظ: (يبدأ بالرجل فيحلف أربع شهادات، يقول: أشهد بالله لرأيتها تزني أشهد بالله لرأيتها تزني، يقول ذلك أربع مرات...).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(٣) في (ش١): (الشهود).

(٤) في (ش١): (العذر).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٠.

أشهد بالله لزنت، وتقول هي: أشهد بالله[1] ما زنيت[2]، وقال في كتاب محمد: يقول: أشهد بالله إني[3] لمن الصادقين، ما هذا الحمل مني، وعلى هذا تقول هي: إنه لمنه[4].

وقال أصبغ: يقول: أشهد بالله لزنت، وما هذا الحمل مني، وتقول: هي ما زنيت وإنه لمنه[5].

وقال في العتبية، وهو في كتاب محمد: وأحب إلي أن يتبع مع قوله: ما هذا الحمل مني، ولزنت، في كل مرة نحو قوله في الرؤية[6]، يريد: أن يقول: لزنت زنًى كالمرود في المكحلة، وقال ابن شعبان: قال بعض أصحابنا، ويقول: ولقد استبرئت[7].

وأرى أن يكون اللعان مبنياً على الوجه الذي ينفي به ذلك الولد، فيثبت ذلك في لعانه، وقد اختلف في الوجه الذي[8] يجوز به النفي، وهل يصح ذلك بالاستبراء بانفراده، أو بالرؤية بانفرادها، أو بمجموع ذلك؟ والاستبراء[9] والرؤية على وجوه تذكر فيما بعد إن شاء الله[10].

---

(١) قوله: (بالله) زيادة من (ش١).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٣، بلفظ: (قلت: فإن تبرأ من الحمل كيف يلتعن؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئاً وأرى أن يقول: أشهد بالله لرأيت، ولم أسمعه من مالك، وتقول المرأة: أشهد بالله ما زنيت).

(٣) في (ش١): (وإني).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(٦) لم أقف عليه في العتبية، وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(٧) انظر: الزاهي، لابن شعبان، لوحة رقم: [٩٦/ أ].

(٨) قوله: (في الوجه الذي) بياض في (ش١).

(٩) في (ح) و(س): (للاستبراء)، وفي (ش١): (بالاستبراء).

(١٠) قوله: (على وجوه تذكر فيما بعد إن شاء الله) بياض في (ش١).

فمن أجاز نفيه بالاستبراء بانفراده؛ أثبت في لعانه الاستبراء لا غير[١]، فيقول: أشهد بالله الذي لا إله إلا هو إني لمن الصادقين، لقد استبرأتها[٢]، ويزيد: إنه كان من وقت كذا[٣]، وإن قال: رأيتها؛ لاعن للرؤية، وأنه رآها كالمرود في المكحلة.

ثم يختلف[٤] هل يذكر التاريخ للرؤية؟ فعلى القول إن اللعان للرؤية ينفي الولد، وإن كانت حاملاً لا[٥] يذكر هذا تاريخاً، وعلى القول: إنه لا[٦] يراعى[٧] الوقت الذي أتت به من وقت الزنا؛ يسأل عن الوقت الذي رآها فيه، فإن كان ستة أشهر فأكثر، قيل له: أثبت ذلك في لعانك، وعلى القول إنه لا ينفي إلا بالاستبراء والرؤية؛ يثبت جميع ذلك في لعانه، وقوله: إنه[٨] يجزئه: قوله[٩] ما هذا الحمل مني على القول[١٠] إنه يبرأ[١١] بالاستبراء بانفراده، فيذكر ذلك، ولا يكون[١٢] عليه أن يقول: لزنت؛ لإمكان أن تكون غصبت، وقوله في المدونة: لزنت[١٣] يصح أن يُرَدَّ إلى القول أنه لا ينفى إلا باجتماع الرؤية والاستبراء.

---

(١) قوله: (فمن أجاز نفيه بالاستبراء ... الاستبراء لا غير) بياض في (ش١).
(٢) في (ش١): (استبرئت).
(٣) قوله: (ويزيد: إنه كان من وقت كذا) بياض في (ش١).
(٤) في (ش١): (اختلف).
(٥) قوله (لا) زيادة من (ح) و(س).
(٦) قوله: (لا) ساقط من (ح) و(س).
(٧) زاد في (ش١): (في).
(٨) قوله: (إنه) ساقط من (ب).
(٩) قوله: (قوله) ساقط من (ش١).
(١٠) قوله: (القول) ساقط من (ش١).
(١١) في (ح) و(س) و(ش١): (ينفى).
(١٢) قوله: (لا يكون) يقابله في (ح) و(س): (وليس عليه).
(١٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٣.

وقول ابن شعبان في إثبات الاستبراء في اللعان أحسن[1] ، وكل هذا وإن لم يكن في الأحاديث، فإنه مما يُخصُّ به عمومها؛ لأن التعانه يوجب رجمها عند نكولها، فكان من حقها أن يثبت في/ التعانه ما يوجب ذلك عليها فيه[2]، فإن أحب أن يلتعن على صفة يكون فيها تلبيس على الوجه الذي يوجب ذلك عليها أو يكون فيه حق للولد، لا ينتفي معه؛ لم يمكّن منه، ويثبت كل[3] ذلك في الأربع كلما كرر[4] الشهادة.

(ب) ٢٩٩/ب

فصل

[في الموضع الذي يلتعن فيه وفي وقته]

واختلف في الموضع الذي يلتعن فيه وفي وقته، فقال في المدونة: في المسجد وعند[5] الإمام[6]، وقال عبد الملك في المبسوط: في المسجد أو عند الإمام. يريد: أن يكون في[7] أحد هذين: المسجد وإن لم يكن إمام، أو[8] الإمام وإن لم يكن مسجد.

وأما الوقت فقال ابن القاسم: في دبر الصلوات بمحضر من الناس[9]. وفي كتاب محمد: وأي ساعة من النهار إن شاء الإمام، وعلى إثر المكتوبة أحب إليَّ[10].

وروى ابن وهب عن مالك أنه قال: كان عندنا بعد العصر ولم[11]

---

(١) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (حسن).
(٢) قوله: (فيه) ساقط من (ح) و(س).
(٣) في (ش١): (على).
(٤) في (ش١): (كما ذكروا في).
(٥) في (ب): (عند).
(٦) انظر المدونة: ٢/ ٣٥٤.
(٧) قوله: (في) زيادة من (ش١).
(٨) في (ش١): (و).
(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٤.
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.
(١١) في (ب) و(ش١): (وإن لم).

يكن[١] سنة، وأي ساعة شاء الإمام لاعن، وبعد العصر أحب إلي[٢].

وأرى أن يكون اللعان في الجامع، وحيث يعظم منه[٣]، وليس يبعد[٤] أن يكون عند القاضي والفقيه الجليل، ويجمع الناس لذلك؛ لأن الترهيب يقع بذلك، وأما ما كان من لعان[٥] عويمر في المسجد بمحضر من[٦] النبي ﷺ في المسجد[٧] فيحتمل[٨] أن يكون لو كانت النازلة، وسؤاله وهو في غير المسجد؛ للاعن بينهما في مكانه أو يبعثهما إلى المسجد أو يحضر معهما، وإذا احتمل ذلك لم يؤخذ من الحديث أصل بيّن.

وكونه دبر الصلوات حسن؛ لقول الله سبحانه: ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ ﴾ [المائدة: ١٠٦] فجعل لليمين بعد الصلاة تأثيراً وحقاً للطالب أن يحضره لليمين في ذلك الوقت، وأما قوله بعد العصر فلقوله سبحانه: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً ﴾ [آل عمران: ٧٧] فأخرج البخاري ومسلم أنها نزلت فيمن حلف بعد صلاة[٩] العصر فِي سِلْعَةٍ لَقَدْ أَعْطَى فِيهَا مَا لَمْ يُعْطَ[١٠].

فقال ابن شعبان: بعد العصر والصبح[١١].

---

(١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (تكن).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٢.

(٣) قوله: (منه) ساقط من (ح) و(س).

(٤) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (ببعيد).

(٥) في (ح) و(س): (التعان).

(٦) قوله: (من) ساقط من (ش١).

(٧) سبق تخريجه، ص: ٢٤٢٥.

(٨) في (ح) و(س): (ومحتمل).

(٩) قوله: (صلاة) ساقط من (ح) و(س).

(١٠) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٢/ ٨٣١، في باب إثم من منع ابن السبيل من الماء، من كتاب المساقاة - الشرب، برقم (٢٢٣٠)، ومسلم: ١/ ١٠٣، في باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار والمن بالعطية وتنفيق السلعة بالحلف وبيان الثلاثة الذين لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم، من كتاب الأيمان، برقم (١٠٨).

(١١) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (أو الصبح). انظر: الزاهي، لابن شعبان، لوحة رقم: [٩٦/ أ].

وأظنه ذهب في ذلك لأنهما مشهودتان؛ يشهدهما[1] ملائكة الليل، وملائكة النهار؛ للحديث: «يَتَعَاقَبُونَ فِيكُمْ مَلاَئِكَةٌ بِاللَّيْلِ وَمَلاَئِكَةٌ بِالنَّهَارِ وَيَجْتَمِعُونَ فِي صَلاَةِ الْعَصْرِ وَصَلاَةِ الصُّبْحِ»[2].

وكذلك ينبغي أن تكون الأيمان في القسامة وما يعظم من الأموال والجراح.

وإن كان أحد الزوجين مريضاً أحلف في مكانه ذلك الوقت، وإن كانت الزوجة حائضاً أخرت حتى تطهر؛ لأن الحائض تمنع من[3] المسجد، ولأن اللعان في أحد القولين طلاق، والطلاق في الحيض ممنوع، وإن أحب الزوج أن يلتعن وتؤخر هي حتى تطهر؛ جاز ذلك[4]، وإن قال بعد التعانه: أنا أرضى أن تلتعن هي في غير المسجد؛ لم يكن ذلك له[5]؛ لأن التعانهما يتعلق به حق لله سبحانه، وهو الحد، إن نكلت فليس للزوج أن يسقط ما يتعلق بذلك من الترهيب في الجامع[6]، ولو رضيت هي بالْتعانه في غير الجامع لم يكن لها ذلك إذا كان الْتعانه لنفي الحمل[7]؛ لأنه حق للولد، فقد ينكل عن اليمين في الجامع، ولا ينكل إن لم يحلف فيه.

---

(١) في (ش١): (وأظنه مذهب في ذلك إلى خصوصهما بأن تشهدهما).

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري: ١/ ٢٠٣، في باب فضل صلاة العصر، من كتاب مواقيت الصلاة، برقم (٥٣٠)، ومسلم: ١/ ٤٣٩، في باب فضل صلاتي الصبح والعصر والمحافظة عليهما، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم (٦٣٢)، ومالك في الموطأ: ١/ ١٧٠، في باب جامع الصلاة، من كتاب قصر الصلاة في السفر، برقم(٤١١).

(٣) قوله: (من) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ح) و(س).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ح) و(س).

(٦) في (ح) و(س): (بالجامع).

(٧) في (ح) و(س): (ولد).

باب

في اللعان بين الزوجين الحرين، وإذا كان أحدهما عبداً أو كافراً أو غير بالغ، أو كانت الزوجة يائسة أو الزوج عنيناً أو حصوراً أو خصياً أو مجبوباً أو شيخاً فانياً[1] أو أعمى أو أخرس



اللعان يجب بين الزوجين دون ملك اليمين، ثم هو على أقسام:

فإن كان الزوجان حرَّين مسلمين بالغين، والزوجة محصنة غير يائسة[2] وجب اللعان بينهما إن قامت بحقها، فإن الْتعنا[3] وقع الفراق[4]، وإن نكل حُدّ حدّ القذف ثمانين وبقيت زوجة[5]، فإن لاعن ونكلت حدّت حد الزنى مائة جلدة[6] إن كانت بكراً، ولم يدخل بها وبقيت زوجة، وإن كانت ثيباً رجمت[7]، وكذلك إن كانت الزوجة حرة والزوج عبداً يجب عليه اللعان، فإن نكل حُدَّ حَدَّ القذف، وإن لاعن ونكلت وجب عليها بالتعانه حد الزنى الجلد أو الرجم، وإن كانت الزوجة مسلمة، والزوج نصرانياً؛ لأنها أسلمت دونه أو تعدت وتزوجته على القول إنها لا تكون بتزوجه زانية وجب عليها اللعان لقذفها، وإن نكل حُدَّ حد القذف، وإن لاعن ونكلت لم تحد[8] بأيمان الكافر؛

---

(١) قوله: (فانيا) ساقط من (ح) و(س).

(٢) في (ح) و(س): (مسنة).

(٣) قوله: (فإن التعنا) يقابله في (ح) و(س): (والتعنا).

(٤) انظر: المعونة: ١/ ٦١٧.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٥.

(٦) قوله: (مائة جلدة) ساقط من (ب).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٨ و٣٥٩، والتفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: ٢/ ٤٥.

(٨) في (ح) و(س): (يحد).

لأن الأيمان مقام الشهادات.

قال ابن القاسم: ولا لعان بين الحر والأمة والمسلم والنصرانية إلا في نفي الحمل[١].

وإن نكل لحق به الولد، ولم يحدّ، وإن لاعن وجب على الأمة اللعان، فإن لاعنت وقعت الفرقة، وإن نكلت حدت حد الزنى خمسين، وبقيت زوجة؛ وسواء كانت مدخولاً بها أم لا، وإن كانت نصرانية لم يجب عليها إذا لاعن أن تلاعن وبقيت زوجة.

قال محمد: وإن الْتعنت وقعت الفرقة[٢]، وليس وقوع الفرقة بالبين، وإذا لم تكن نصرانية داخلة في قوله ﷻ: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾ [النور:٨] وأن[٣] المراد بالآية المسلمة، وأن لا عذاب على هذه؛ كان من حق الزوج أن يمنعها[٤] اللعان، وتبقى زوجة، فإن التعنت لم يقع بذلك فراق؛ لأنها أوقعت اللعان في غير موضعه، وإن كان الزوج غير بالغ لم يكن بينهما لعان؛ لأنَّ قذفه لا يلزمه به حد، فإن أتت/ بولد لم يلحق به، ويفترق الجواب إذا كان بالغاً وهي غير بالغ، فإن كانت في سن من لا يطيق الرجال[٥] لم يكن عليه شيء؛ لأن قذفه إياها لم يُلحق بها معرة.

(ب) ٣٠٠/أ

ويختلف إذا كانت في سن من يطيق ولا يُخشى منها حمل، فقال ابن القاسم: يلاعن، فإن نكل حد ولا لعان عليها إن لاعن[٦]؛ لأنها إن أقرت بها

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٢، ٣٥٤.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٦.
(٣) قوله: (أن) ساقط من (ح) و(س).
(٤) قوله: (الزوج أن يمنعها) يقابله في (ح) و(س): (الزوجة أن يمنعه).
(٥) قوله: (الرجال) ساقط من (ب).
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٦، وانظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٤٢٤، وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٥.

رماها به، أو قامت عليها به[1] بينة لم تحدَّ.

وقال ابن الماجشون: لا حدَّ على قاذف من لم يبلغ من الإناث. فعلى هذا لا يجب عليه لعان ولا حد، ويجري فيها قول ثالث: إنه يحدّ ولا يلاعن قياساً على أحد قولي مالك إن اللعان لا يكون إلا لنفي الحمل خاصة[2].

وإن كانت في سن من يخشى منها الحمل؛ كان له أن يلاعن قولاً واحداً إن ادعى رؤية؛ لأنه يخشى الحمل، وإنما الخلاف هل يجب ذلك عليه؟

فعلى قول مالك يجب بحقها في القذف، وعلى قول عبد الملك لا يجب؛ لأنه لا يحد قاذفها، وله أن يلتعن إن أحب ويوقف أمرها، فإن ظهر حمل لم يلحق به، ووجب عليها اللعان؛ لأن الحمل لا يصح إلا من بالغ، فظهور الحمل يبين أنها كانت بالغاً حين وطئت، فإن نكلت حُدَّت حد البكر؛ لإمكان أن يكون بلوغها بعد إصابة الزوج وقبل الإصابة التي رماها به[3]، ولو لم تقم هي بقذفها حتى ظهر الحمل وجب عليها[4] اللعان قولاً واحداً، فإن نكل حد؛ لأنه قذفُ بالغٍ[5] ولحق به الولد، وإن لاعن وجب عليها اللعان، فإن نكلت حدت حد البكر، وإن كانت ممن قعدت عن المحيض وادعى رؤية؛ تلاعنا على قول ابن القاسم وأحد قولي مالك[6]، وعلى القول أن اللعان لنفي الحمل خاصة يحدُّ الزوج ولا يلاعن.

---

(١) قوله: (به) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤، وعبارته: (قال: وما وقف عن لعانها في الحمل إلا عبد الملك، وأنه قال: حتى تضع في النفي خاصة، ولا يقع القذف عنده فيها حتى تضع، إذ لعله لا حمل بها).

(٣) في (ب): (بها).

(٤) في (ب): (عليه).

(٥) في (ب) و(ق١٠): (قذف بالغا).

(٦) قوله: (وأحد قولي مالك) يقابله في (ح) و(س): (وحد على قول محمد).

وقال محمد في امرأة الخصي والمجبوب تحمل وهو ينكر؛ فإن كان لا ينزل كان ولد زنى، ولا لعان بينهما إلا أن يدعي رؤية فيلتعن لمكان القذف، وإن اختلف فيه أهل النظر، فقال بعضهم: يولد لمثله . وقال[1] بعضهم : لا يولد له[2] لم يكن بد من اللعان[3].

وقال ابن حبيب: إن كان مقطوع الأنثيين والذكر لم يلحق به ولا يلاعن وتعتد زوجته إن مات، ولا تعتد إن طلق، وإن بقي أنثياه، أو اليسير أو معه من عسيبه بعضُه لحق به، ولاعن، واعتدت من الطلاق[4].

وإن ادعى رؤية وكان لا يحمل له لاعن على أحد القولين وحد على القول الآخر، ولا يلاعن.

قال محمد: إن كان شيخاً كبيراً أو عنيناً؛ كان عليه اللعان في الرؤية وفي نفي الحمل[5]؛ لأنها تدعي أنه يصيب.

وقال ابن القاسم في المدونة: في الأخرس يقذف امرأته بالإشارة أو بالكتابة يلتعن إذا فقه ما يقول، وما يقال له[6].

وقال في العتبية فيمن ادعى رؤية، وزوجته بكماء صماء لا تسمع ولا تفهم، قال: يعمل منها على ما يفهم وتفهم[7] من الإشارة، فإن صدقته إذا التعن حدت فإن التعن ثم[8] التعنت بالإشارة، فإن نكلت حدت[9].

---

(١) قوله: (قال) ساقط من (ب).
(٢) قوله: (له) ساقط من (ب).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٩.
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٢، ٥٤٣.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٩.
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٧٨، ٧٩.
(٧) قوله: (منها على ما يفهم وتفهم) يقابله في (ح) و(س): (فيها على ما تفهم).
(٨) قوله: (ثم) ساقط من (ب).
(٩) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٤١٩، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٧ .

ويلاعن الأعمى إذا نفى الحمل؛ لأنه يدعي الاستبراء، وكذلك إن لم ينف حملاً، فقال: مسست.

واختلف إذا قذفها، ولم يدع استبراءً ولا مسيساً، فقال ابن القاسم: يلاعن؛ لعموم قوله ﷻ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾[1] وقال مالك: يحمل ذلك في دينه[2].

وقال[3] ابن القصار عن مالك: إنه لا يصح أن يلاعن إلا أن يقول: لمست فرجاً في فرجها. **وهذا أحسن**؛ لأن لعان الزوج يوجب حدها، وهو مقام البينة، وإذا كان ذلك لم يجز أن تحد؛ لأن ذلك أمر[4] مشكوك فيه، ومن قذف زوجته برؤية وهي غير محصنة؛ لأنها ممن ثبت زناها قبل ذلك-لم يكن عليه لعان؛ لأنه لو أقر أنه كذب عليها لم يحد، وإذا أحب لاعن، فإن لاعن وجب عليها اللعان، ووقع الفراق إن التعن، فإن انتفى من حملها ولم يلتعن؛ ألحق به ولم يحد، وإن التعن لم يلحق به، ولاعنت.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٢.
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٢.
(٣) في (ح) و(س): (وذكر).
(٤) قوله: (لأن ذلك أمر) يقابله في (ب): (لأمر).

باب



فيما[1] يجب فيه اللعان من الرؤية ونفي الحمل



اللعان يجب بوجهين: لرؤية، أو لنفي الحمل

وهو للرؤية على ثلاثة أقسام فيصح في قسمين إذا كان عن[2] تلك الرؤية حمل[3] أو يخشى أن تحمل[4] منه، وفي مثل هذا كانت الحادثة التي نزل[5] فيها القرآن، فقال النبي ﷺ: «**إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى كَذَا، فَمَا أُرَاهُ إِلاَّ قَدْ صَدَقَ عَلَيْهَا**» **فأتت به على النعت المكروه**... الحديث.

واختلف إذا كان لا يخاف عن[6] تلك الرؤية حملاً؛ لأنها كانت -حين رأى ذلك منها[7]- حاملاً[8]، وهو معترف به، أو كانت في سن من لا تحمل لصغر أو قد قاربت أو يائسة، أو لأن الزوج خصي أو مجبوب، فقيل: يلاعن لعموم الآية. وقيل: لا يلاعن.

فقال مالك في كتاب محمد: إذا كانت بينة الحمل وهو مقرٌّ به، فقال: رأيتها تزني، فأنا ألاعن، فقال: كل من لاعن لم يلحق به[9] الولد، وإن اعترف به بعد اللعان حد، يقول: فكذلك هذا إذا اعترف به قبل[10] حد، ولم يلاعن[11].

---

(١) في (ح) و(س): (ما).
(٢) في (ب): (على).
(٣) قوله: (على ثلاثة أقسام فيصح في قسمين... الرؤية حمل) ساقط من (ش١).
(٤) في (ب) و(ح) و(س) و(ق١٠): (يحمل).
(٥) في (ش١): (أنزل).
(٦) في (ب): (على).
(٧) قوله: (ذلك منها) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).
(٨) في (ش١): (حاملٌ).
(٩) قوله: (به) ساقط من (ح) و(س).
(١٠) في (ش١): (قيل).
(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٣.

قال محمد: وهذا إغراق من قوله[١].

وقال أبو محمد عبد الوهاب تعليلاً لهذا القول: قال: لأن الأصلَ أن اللعانَ لنفي النسب، ويتعلق به سقوط الحد، فإذا لم يكن مفيداً لإسقاط الولد؛ لم يكن له أن يلاعن، وإذا لم يكن له أن يلاعن لزمه الحد[٢].

فقصر[٣] الآية على مثل ما نزلت فيه أنها كانت فيمن خُشي منها الحمل، ثم ظهر على ما ذكره[٤]، ولأن الأصل في قذف/ المحصنات الحد للزوج[٥] وغيره، والأصل في الولد أن الاعتراف والإنكار به[٦] إلى الأب، وله أن ينكر ما ليس من مائه، والضرورة تدعو إلى ذكر ذلك؛ لئلا يلحق به من ليس منه، فجعل الله له مخرجاً من ذلك بأيمانه، وإذا صح أن ينفيه بأيمانه -لم يصح أن يحد لقذفها؛ لأن ذلك يؤدي إلى التنافي، يكون صادقاً كاذباً في حال؛ لأنه إذا حمل على[٧] الصدق صح نفيه، وسقط[٨] الحد، وإن حمل على الكذب بطل[٩] نفيه، وحد، فلما جعل القول قوله مع يمينه أنه ليس بولده؛ صح سقوط الحد، ولم ينتقض[١٠] الحكم، فيصدق في نفيه، ويحد فيه، ثم جعل[١١] القول قولها في حقها[١٢] في نفسها مع يمينها لما كان القول قوله في حقه في النسب.

(ب ٣٠٠/ب)

---

(١) قوله: (من قوله) ساقط من (ح) و(س) و(ش١)، وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٣.

(٢) انظر: المعونة: ١/ ٦١٦.

(٣) في (ش١): (بنص).

(٤) في (ش١): (كره).

(٥) قوله: (الحد للزوج) يقابله في (ح) و(س): (أن يحد الزوج).

(٦) في (ش١): (له).

(٧) في (ب): (عن).

(٨) في (ح) و(س): (وصح نفيه سقط).

(٩) في (ش١): (لم يصح).

(١٠) في (ش١): (ولم يتبعض).

(١١) قوله: (جعل) ساقط من (ش١).

(١٢) قوله: (في حقها) ساقط من (ح) و(س).

وإذا لم يكن ولد[١] ولا خوف حمل؛ بقي على الأصل أنه قذف[٢].

فصل

[في أقسام اللعان على نفي الولد]

واللعان على نفي الولد على سبعة أقسام: يصح في أربعة، ويختلف[٣] في ثلاثة:

فيصح إذا اجتمع الاستبراء والرؤية، وأتت به من بعد الرؤية لستة أشهر فصاعداً.

والثاني: أن ينفيه بالأمد وإن لم يدع رؤية ولا استبراء؛ فيقول: لم أصبها منذ كذا، لأمد لا يلحق به الولد لأكثر من أربع سنين أو خمس أو سبع على الاختلاف في ذلك.

والثالث: أن يقول لم أصبها بعدما وضعت ولداً كان قبل هذا، مما يعلم أنه بطن[٤] ثان.

والرابع: أن يقول لم تلديه.

فهذه أربعة أقسام لا خلاف فيها.

وقال أشهب فيمن قال لامرأته - ولم يكن رأى منها حملاً حتى وضعت: لم تلدي هذا الولد[٥]، وقالت: قد ولدته، فقال: إن انتفى منه لاعن[٦]، وإن قال: هو ولدي ولم تلديه لحق به ولم يلاعن.

---

(١) في (ح) و(س): (ذلك).

(٢) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (قاذف).

(٣) في (ش١): (واختلف).

(٤) في (ب): (وطء).

(٥) قوله: (الولد) ساقط من (ح) و(س).

(٦) قوله: (لاعن) يقابله في (ح) و(س): (لا يحد). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٠.

وأرى إن هو نفاه، ثم نكل عن اللعان لم يحدّ؛ لأنه لم يقذفها، وإنما قال: التقطته ونسبته[١] إليّ، ولأن صفة لعانه أن يشهد في الأربع أنها لم تلده لا غير ذلك، فهو لم يثبت عليها زنى ولا ادعاه، ولا لعان عليها، وتبقى زوجة على حالها.

واختلف في نفيه بالاستبراء بانفراده من غير رؤية، وفي نفيه بالرؤية بانفرادها من غير استبراء إذا أتت به من بعد الرؤية لستة أشهر، وفي نفيه إذا كانت حين الرؤية[٢] ظاهرة الحمل، أولم تكن ظاهرة الحمل أو أتت[٣] به لدون[٤] ستة أشهر، فأما نفيه بالاستبراء فقال[٥] مالك[٦] مرة[٧]: ينفيه به[٨]. ورأى مرة ألا ينفى[٩] به[١٠]؛ لأن الحيض يأتي على الحمل، وهو قول أشهب في كتاب محمد[١١].

واختلف بعد[١٢] القول بجواز نفيه بالاستبراء؛ فقال مالك والمغيرة يجزئ[١٣] في ذلك حيضة، وقال أيضاً: لا ينفيه إلا بثلاث[١٤]، وذكر ابن الماجشون في كتابه عن المغيرة أنه قال: ينفيه بثلاث حيض[١٥]، وقال أيضاً: لا

---

(١) في (ب): (تنسبه).
(٢) في (ح) و(س): (كان من الرؤية).
(٣) في (ح) و(س): (وأتت).
(٤) في (ح) و(س): (أقل)، وفي (ش١): (لأقل من).
(٥) في (ش١): (فرأى).
(٦) قوله: (مالك) ساقط من (ب).
(٧) قوله: (مالك مرة) بياض في (ش١).
(٨) قوله: (به) ساقط من (ش١). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٥٦.
(٩) في (ح) و(س): (ينفيه).
(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٩.
(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٠.
(١٢) في (ش١): (على).
(١٣) في (ش١): (تجزئ).
(١٤) في (ح) و(س): (بثلاثة). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤.
(١٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤.

ينفيه إلا بخمس[١] سنين. يريد: بالأمد لا بالاستبراء.

واختلف عن مالك[٢] في نفيه بالرؤية بانفرادها إذا كان الزوج قد أصابها في ذلك الطهر وأتت به لستة أشهر فأكثر، فقال المغيرة في المدونة في هذا ينفيه[٣].

واختلف عن ابن القاسم في هذا الأصل، فقال في كتاب محمد فيمن باع أمة قد أصابها وأصابها المشتري في ذلك الطهر، فأتت بولد من بعد وطء[٤] الثاني لستة أشهر فأكثر إنه للثاني[٥]، وإن كان أصابها هذا اليوم والآخر غدا فعلى هذا يكون للزوج أن ينفيه باللعان الثاني كما قال المغيرة، والمعروف في هذا أن تدعى[٦] له القافة[٧]. فجعل مالك له[٨] أن ينفيه لظاهر حديث عويمر أنه نفاه للرؤية، ولم يذكر استبراءً، وخصه مرة بالقياس؛ لأنهما ماءان اختلطا؛ حلال وحرام؛ فلم يجز أن يحمل على أنه للحرام دون الحلال.

وقال محمد بن عبد الحكم: كيف إذا اجتمع الحلال والحرام[٩] يحكم به للحرام، والنبي ﷺ حكم بالولد للفراش في ولد زمعة، وقال لسودة: «**احْتَجِبِي مِنْهُ**» لما رأى من شبهه بعتبة[١٠]، وهذا الاحتجاج[١١] صحيح قياساً

---

(١) في (ش١): (لخمس).

(٢) قوله: (عن مالك) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٧.

(٤) في (ب) و(ق١٠): (الوطء).

(٥) في (ش١): (أنه الثاني).

(٦) في (ح) و(س): (أنه يدعى).

(٧) القافة: جمع قائف وهو من يستدل بالخلقة على النسب ويلحق الفروع بالأصول بالشبه والعلامات، وقيل: هو الذي يعرف شبه الولد بالوالد بالآثار الخفية (التخريج).

(٨) قوله: (له) ساقط من (ش١).

(٩) في (ش١): (حلال وحرام).

(١٠) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٢/ ٧٢٤، في باب تفسير المشبهات، من كتاب البيوع، برقم (١٩٤٨)، ومسلم: ٢/ ١٠٨٠، في باب الولد للفراش وتوقى الشبهات، من كتاب الرضاع، برقم (١٤٥٧)، ومالك: ٢/ ٧٣٩، في باب القضاء بالحاق الولد بأبيه، من كتاب الأقضية، برقم (١٤١٨).

(١١) في (ش١): (احتجاج).

على التي تتزوج[١] في عدتها قبل حيضتها[٢]، أو تأتي بولد[٣] لستة أشهر من يوم أصاب الثاني أنه للأول، ولا[٤] يدعى له القافة؛ فهو في الزنا أبين ألا يجعل للثاني، إلا أن للزوج أن يقول: قد جعل للزوج الأول[٥] إذا تزوجت في العدة مخرج[٦]؛ لئلا يلحق به ولد غيره بالقافة، ولم يجعل له[٧] ذلك في الزنا، بل[٨] يقال له: تمنع من نفيه باللعان، ولا يدعى له القافة، ويلحق به مع إمكان[٩] أن يكون جميعه من الزنا.

وقال الليث بن سعد[١٠]: تدعى له القافة، فإن ألحق بالزنا لم ينسب إليه.

ويحتمل أن يكون حمل حديث ولد زمعة أن يكون[١١] اشتركا فيه، وكان الغالب شبهه بزمعة، وللآخر بعض الشبه[١٢]؛ لأن وطء عتبة كان في الكفر، وقد كان النسب يلحق فيه بالزنا[١٣]، وتدعى فيه القافة للحرائر، وإذا لم يكن من نفيه بالرؤية لم يحد لقذفها، وكان له أن يلاعن لسقوط الحد؛ لأنه يقول: ذكرت[١٤] ذلك خيفة من لحوق النسب، ولا علم لي بما تقدم من حملها، ولا أرى أن ينفى بالاستبراء بانفراده؛ لأن من قول مالك وأصحابه يصح أن تحيض، وإنما اختلف في القدر الذي تترك له الصلاة، وهل أول الحمل وآخره سواء[١٥].

وقال في المعتدة تقول: حضت ثلاث حيض ثم تأتي بولد، وتقول إن المرأة

---

(١) في (ش١): (الذي يتزوج).
(٢) في (ح) و(س) و(ش١): (حيضة).
(٣) قوله: (بولد) ساقط من (ش١).
(٤) قوله: (لا) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).
(٥) في (ش١): (للأول).
(٦) في (ش١): (مخرجاً).
(٧) قوله: (له) ساقط من (ح) و(س).
(٨) قوله: (بل) ساقط من (ش١).
(٩) قوله: (مع إمكان) يقابله في (ح) و(س): (لإمكان).
(١٠) في (ح) و(س): (سعيد).
(١١) قوله: (أن يكون) يقابله في (ش١): (على أنهما).
(١٢) في (ح) و(س): (الشبهة).
(١٣) في (ح) و(س): (به الزنا)، وفي (ش١): (للزنا).
(١٤) في (ش١): (أدركت).
(١٥) انظر: المدونة: ١/ ١٥٥.

(ب) ١/٣٠١

تهراق الدم على الحمل: إن الولد / للزوج[١]، وإذا صح أن الحامل تحيض؛ لم يصح نفيه بالاستبراء؛ لأن الزوج لا علم له[٢] من زناها، وليس عنده أكثر من أنها حاضت.

فإن قيل: يلزم على[٣] هذا ألا تحل للأزواج؛ لأنها على شك من البراءة. قيل: لا تمنع؛ لأن ذلك نادر، فلا تمنع[٤] من أجل النادر.

فإن قيل: قد جعلت الولد للنادر[٥] إذا أصابها الثاني بعد حيضة، وأتت به لستة أشهر من وطء الثاني أن الولد للثاني[٦]، والوضع لستة أشهر نادر.

قيل: لما اجتمع الشيئان[٧]: حيض والغالب منه البراءة، وحدوث وطء بعده - جعل[٨] الولد للمحدث؛ لأنَّ الحيضة فصلت بين الوطئين. وإذا لم ينف الولد بالاستبراء لم يحد؛ لأنه يقول: ظننت أن الاستبراء دليل على أنه ليس مني، كما لو أنكر لونه فلم يصح نفيه بذلك؛ لم يحد.

واختلف إذا لاعن للرؤية ثم ظهر حمل، فقال ابن القاسم: يكون ذلك اللعان الذي كان -نفياً للولد[٩].

وقاله أشهب في كتاب محمد، وقال ابن الماجشون لا ينفيه إلا بلعان ثاني[١٠]؛ لأن اللعان لم يكن للولد ولولا ذلك لم يكن عليه أن يسأل عن

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥.

(٢) في (ح) و(س): (عنده) وأشار إليه في هامش (ب) وكتب فوقه في نسخة.

(٣) قوله: (النسب، ولا علم لي بما تقدم من حملها ... فإن قيل: يلزم على) بياض في (ش١).

(٤) في (ح) و(س): (تحل).

(٥) في (ش١): (لنادر).

(٦) هذا قول الإمام مالك، انظر: المدونة: ٢/ ٢٧.

(٧) في (ش١): (السببان).

(٨) في (ب) و(ش١): (حمل).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٢.

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤. وقوله: (لعان ثاني): في النوادر والزيادات (لعان =

الاستبراء، وقاله أصبغ[١]. وهذا راجع إلى الخلاف المتقدم، فعلى القول: إنه يكتفي في لعانه للنفي[٢] بقوله: زنت يجزئ اللعان الأول، وعلى القول أنه يقول: وما هذا الحمل مني، ولقد استبرئت يلتعن لعاناً ثانياً يثبت ذلك فيه، وإن أكذب نفسه في اللعان الثاني لحق به الولد، ولم يحدّ؛ لأنَّ اللعان الأول لم يسقط إلا على ما ذكره عبد الوهاب[٣].

ويختلف إذا أكذب نفسه في الرؤية هل يحدُّ؛ لأنه يعود إلى النفي بالاستبراء بانفراده؟ فعلى القول إنه لا ينتفي يحد للأول[٤]، لأن الرؤية لم تصح لإكذابه نفسه، والنسب لم يسقط لانفراده عن الرؤية.

واختلف إذا التعن لعاناً واحداً للرؤية ولنفي النسب، ثم استلحق الولد، فقال محمد: إذا استلحق الولد؛ فإن كان لاعن للرؤية أو للرؤية ولإنكار الولد؛ لم يحدّ، وإن كان لإنكار الولد وحده حدَّ[٥].

وقال ابن القاسم في المدونة: إذا لاعن للرؤية ثم ظهر حمل[٦]، فقال: قد كنت استبرأت منه[٧]، فانتفى منه بذلك، ثم أكذب نفسه في الاستبراء إنه يحد[٨].

والأول أحسن؛ لأن الرؤية والاستبراء شيئان[٩]، وليس كذبه في أحدهما كذباً في الآخر، ولو رجع عن الرؤية لحد.

=

ثان).

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤.

(٢) في (ح) و(س): (بلعان بالنفي).

(٣) انظر: المعونة: ١/ ٦١٤.

(٤) في (ح) و(س): (الأول).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٣.

(٦) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (الولد).

(٧) قوله: (منه) زيادة من (ش١).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٢.

(٩) في (ب) و(ق١٠): (سببان).

فصل

[فيما إذا قال الزوج زنت، ولم يقل رأيت أو قال ليس الولد مني ولم يقل استبرأت]

واختلف قول مالك إذا قال: زنت، ولم يقل: رأيت، أو قال: ليس الولد مني، ولم يقل: استبرأت، فقال مرة: يلاعن ولا يسأل عن شيء[(١)]، وقال مرة: لا يلاعن إلا أن يدعي رؤية أو استبراء[(٢)].

وهذا هو الصحيح، ولا يُمَكَّنَ من اللعان من غير كَشفٍ، وللزوجة والولد[(٣)] في ذلك حق؛ فقد يعترفُ[(٤)] عند السؤال بأمر لا يوجب لعاناً، ولا يسقط نسباً، ولأن لعانه وقع[(٥)] موقع[(٦)] البينة فيما يجب عليها من[(٧)] حد أو غيره، فوجب كشفه كما تكشف البينة، ولأن الوجه الذي ينفى به الولد مختلف فيه، فعلى الحاكم أن يكشفه عن ذلك، ليعلم هل ينفى به وهل هو موافق لرأيه؟

فصل

[في صفة من ينفى منها الولد]

الولد ينفى من ملك اليمين، ومن زوجة حرة محصنة مدخولٍ بها، أو أمة أو كتابية، ومن معترفة[(٨)] بالزنى، ومن منكرة مشهود عليها بالزنا، ومغتصبة وغير مدخول بها، فأما ملك اليمين فله نفيه بغير لعان، ويحلف يميناً واحدة إن ادعت أنّه منه، وإن اعترفت أنه من زنًا؛ لم يحلف، وإن كان من زوجة حرة

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٣.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٠.

(٣) قوله: (والولد) ساقط من (ش١).

(٤) في (ب) و(ق١٠): (يعترف).

(٥) قوله: (وقع) ساقط من (ح) و(س).

(٦) في (ش١): (موضع).

(٧) قوله: (البينة فيما يجب عليها من) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (ومن معترفة) يقابله في (ح) و(س): (أو معترفة).

مسلمة أو أمة أو كتابية تدعي أنه منه؛ لم ينفه إلا بلعان، وإن اعترفت أنه من زنا، وقالت: إنه كان استبرأ قبله؛ كان فيه قولان، فقال مالك مرة: لا ينفيه إلا بلعان، وبه أخذ[(١)] المغيرة وابن دينار وابن الماجشون وابن عبد الحكم، وقال مرة ينفيه بغير لعان[(٢)]، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب[(٣)].

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: وكذلك إذا اعترفت بالزنا وقالت هو من الزوج فله نفيه بغير لعان[(٤)]، وكل هذا إذا قامت البينة[(٥)] على قولها حتى تحد، وإن رجعت عن اعترافها لم ينفه إلا بلعان، وقال ابن القاسم في كتاب الرجم: إذا أشهد[(٦)] عليها أنها زنت منذ أربعة أشهر، وكان زوجها غائباً، ثم ظهر حمل، فأخرت حتى وضعت، فإن قالت[(٧)]: هو للزنا -لأنه تقدمه استبراء- كان للزوج أن ينفيه بغير لعان.

وإن قالت: هو من زوجي[(٨)]، أو لم تسأل حتى رجمت لم ينفه إلا بلعان[(٩)].

وهذا اختلاف قول؛ لأن الشهادة والاعتراف بالزنا سواء، وعلى[(١٠)] قوله

---

(١) قوله: (الولد مختلف فيه، فعلى الحاكم ... وبه أخذ) بياض في (ش١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٥، وعبارته: (من كتاب ابن المواز: ومن أنكر حمل امرأته وادعى أنه رآها تزني فصدقته، فقول مالك قديما أنه لا ينفي إلا بلعان وبه أخذ المغيرة وابن دينار وعبد الملك وابن عبد الحكم. وروى عند ابن القاسم، وكذلك أن قالت: زنيت، ولكن الولد منك: إنه ينفي الولد بلا لعان، وكذلك وروى عنه أصبغ في العتبية قال في كتاب محمد: إن ثبتت على قولها حتى تحد، ثم لا يقبل منها إن رجعت، ولو رجعت قبل أن تحد عاد اللعان بينهما).

(٣) قوله: (ابن القاسم و) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٥.

(٥) في (ش١): (إذا أقامت ثبتت).

(٦) في (ش١): (شهد).

(٧) قوله: (فإن قالت) يقابله في (ش١): (فقالت).

(٨) في (ش١): (زوج).

(٩) انظر: المدونة: ٤/ ٥١٥.

(١٠) في (ح) و(س): (على).

في كتاب محمد: أنها[١] إذا اعترفت بالزنا، وقالت في الولد: إنه من الزوج؛ أن له أن ينفيه بغير لعان، يكون ذلك له إذا شهدت البينة بالزنا، فله أن ينفيه بغير لعان، وإن ادعت أنه منه.

وعلى أحد قولي مالك في المعترفة بالزنا، وأنه ليس منه، لا يكون للزوج أن ينفيه إذا شهدت البينة بالزنا[٢] أو اعترفت[٣] الزوجة أنه من زنا؛ لا ينفيه[٤] إلا بلعان، فمنع مالك نفيه في القول الأول بغير لعان؛ لعموم الآية، ولم ير ذلك على الزوج في القول الآخر؛ قياساً على ملك اليمين أنه لما انفرد النفي لحقِّ الولد؛ كان القول قوله فيه بغير لعان إذا حُدّت الزوجة.

فصل

[في نفي الولد بغصب]

وإن نفى بغصب فإنه لا يخلو من أن يثبت الغصب[٥] ببينة، أو يعترف بذلك الزوجان، أو يدعي/ ذلك الزوج وحده أو الزوجة وحدها، فإن ثبت الاغتصاب ببينة كان كثبوت[٦] الزنا، فيختلف إن قال: ليس مني، وقد كنت استبرأتها[٧] أو[٨] ينفيه بلعان أو بغير لعان.

(ب) ٣٠١/ب

واختلف قول ابن القاسم إذا أكذبته[٩]، وقالت: بل هو منه، فإذا كان الحكم ألا ينفى إلا بلعان؛ كان[١٠] اللعان على الزوج وحده، فإن نكل لم يحد،

(١) قوله: (أنها) زيادة من (ش١).
(٢) قوله: (فله أن ينفيه بغير لعان... أن ينفيه إذا شهدت البينة بالزنا) ساقط من (ح) و(س).
(٣) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (واعترفت).
(٤) قوله: (لا ينفيه) ساقط من (ب) و(ش١).
(٥) قوله: (الغصب) ساقط من (ح) و(س).
(٦) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (كثبات).
(٧) في (ب)و(ح)و(س)و(ق١٠): (استبرأت).
(٨) في (ح) و(س): (أن).
(٩) في (ش١): (كذبته).
(١٠) قوله: (كان) يقابله في (ح) و(س): (فإن).

وإن لاعن لم يكن عليها لعان؛ لأنها تقول: يمكن أن يكون من الغاصب[١].

وأرى ألا ينفى إلا بلعان؛ لاتفاقهم إذا كانت الزوجة أمة أو نصرانية ألا ينفى[٢] إلا بلعان، وإن كان لا حد عليه في قذفهما[٣].

وإن تصادق الزوجان على الغصب؛ لم ينفه إلا بلعان لحق الولد[٤] قال محمد: يلتعنان جميعاً؛ يلتعن الزوج[٥]، وتلتعن المرأة: أن قد غصبت على نفسي، ويفرق بينهما، فإن نكلت رجمت[٦].

ولا يعلم[٧] لرجمها وجهاً[٨]؛ لأن الزوج لم يُثْبِتْ عليها في لعانه زناً، وإنما أثبت عليها[٩] غصباً؛ فلا لعان عليها، كما لو ثبتت البينة بالغصب، ولو لاعنت لم يفرق[١٠] بينهما؛ لأنها إنما أثبتت بالتعانه الغصب، وتصدق الزوج، ولها[١١] أن تقول في الأربع: أشهد بالله إنه لمن الصادقين، أو لقد صدق، وهذا خارج عما ورد فيه القرآن مما يوجب الحد في نكولها، أو يوجب الفراق إن حلفت.

ويختلف إذا ادَّعى الزوج الطوع، وادعت الغصب؛ فعلى قول ابن القاسم: لا لعان عليه، وتحد هي؛ لأنها مقرّة بالإصابة مدعية للغصب، وعلى قول أشهب: لا تؤخذ بغير ما أقرت[١٢] به، ويلاعن الزوج، فإن نكل لم يحد؛

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٨، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٦.

(٢) في (ح) و(س): (ينتفى).

(٣) في (ش١): (قذفها).

(٤) قوله: (لحق الولد) ساقط من (ب) و(ش١).

(٥) في (ب) و(ش١): (الرجل).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٥.

(٧) في (ش١): (نعلم).

(٨) قوله: (لرجمها وجها) يقابله في (ح) و(س): (رجمها).

(٩) قوله: (عليها) ساقط من (ح) و(س).

(١٠) قوله: (لم يفرق) في (ح) و(س): (لفرقت).

(١١) قوله: (وتصدق الزوج، ولها) يقابله في (ح) و(س): (وتصديق الزوج لها).

(١٢) في (ح) و(س): (أقر).

للاختلاف هل يقبل قوله؟ وإن لاعن حلفت لقد أصبت وبرئت، وسواء ظهر بها حمل أم لا، وهي في ظهور الحمل هاهنا بخلافه لو لم يكن لها زوج؛ لأن ذات الزوج قادرة على أن تنسبه إلى الزوج، وإن ادَّعى الغصب وأنكرت أن تكون أصيبت جملة؛ فعلى ما قال محمد: يلتعنان جميعاً.

والصواب إذا التعن الزوج أن لا لعان عليها؛ لأن الزوج إنما أثبت في التعانه اغتصاباً، فإن نكل الزوج عن اللعان مع ثبات البينة بالغصب أو تصادقا على الغصب بغير بينة لم يحد، فكذلك إذا ادَّعى الغصب وأنكرت أن يكون أصابها أحد لم يحد؛ لأن محمل قول الزوج محمل الشهادة، وليس محمل التعريض.

فصل

[في إنكار حمل الزوجة غير المدخول بها فتصدقه]

وإن كانت الزوجة غير مدخول بها فأنكر الحمل وصدقته صدق بغير لعان على قول مالك وابن القاسم، وقال ابن الماشجون في كتاب محمد: لا ينفيه إلا بلعان[1] .

الأول أحسن؛ لأنه لم يعلم خلوة ولا ادعت ذلك، وإن ادعت أنه منه لم ينفه إلا بلعان؛ يلتعنان جميعاً، إلا أن تأتي الزوجة به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، وهو غائب، وبينهما من المسافة ما إن قدم بعد العقد كان الباقي أقل من ستة أشهر أو أكثر، ويشهد من هو بينهم أنه لم يغب طول تلك المدة أو غاب ما لا يكون مدة لذهابه ورجوعه.

واختلف في الصداق إذا أتت به لما يشبه وتلاعنا، فقال في المدونة: لها

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٥.

نصف الصداق[١]، وقال ابن الجلاب: لا شيء لها[٢].

وقد يحمل[٣] هذا على القول أن اللعان فسخ، والأول على القول أنه طلاق، فإن نكل حد، ويكون الصداق عليه[٤] وبقيت زوجة، وإن لاعن ونكلت حدت حد البكر، وبقيت زوجة، فإن طلق لم يكن عليه سوى[٥] النصف، وإن لم يطلق لم يمسها حتى تضع، إلا أن يقر الزوج أن الحمل كان قبل عقد النكاح فيؤخذ بإقراره، ولا تقر تحته، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر فسخ النكاح، ولا شيء لها من الصداق، دخل أو لم يدخل؛ لأنها غارة تعلم بما أحدثت، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر، وكان في حين العقد غائباً ولم يمر من الزمان ما يقدم فيه؛ ثبت النكاح، ويحمل على أنه حدث بعد العقد، وهذا على المشهور من أصل مالك، **ولو قيل**: يفسخ ويحمل على أنه متقدم **لكان وجهاً**؛ لأن الوضع لستة أشهر من النادر.

وإن اختلفا في وقت العقد، فقال: تزوجتك مذ خمسة أشهر، وقالت: مذ سبعة، وقد أتت بولد؛ تلاعنا، فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين ما تزوجتها إلا مذ خمسة أشهر، وتقول هي أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ما تزوجني إلا منذ سبعة[٦] أشهر، وإنه لمنه.

وإن طلق قبل البناء، وتصادقا على أنه لم يصب، ثم ظهر حمل لستة أشهر فأكثر، فإنهما لا يخلوان من أن: يتماديا على نفي الإصابة، أو يرجعا إلى أنه أصاب، أو يرجع هو وحده، ويقول: أصبت وتنكر هي، أو تدّعي الإصابة وينكر هو.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٣.

(٢) انظر: التفريع: ١/ ٣٧٩، بلفظ: (ولو لاعَنَها قبل الدخول بها سقط صداقها).

(٣) في (ح) و(س): (يحتمل).

(٤) قوله: (عليه) ساقط من (ب).

(٥) في (ح) و(س): (غير).

(٦) قوله: (منذ سبعة) يقابله في (ح) و(س): (لسبعة).

فإن تماديا على نفي الإصابة صدق بغير لعان، وحدت حد البكر.

وإن رجع ألحق به الولد، وأكمل الصداق، وله الرجعة إن لم تكن وضعت.

وإن ادعى الإصابة وأنكرت لحق به الولد، وحدت حد البكر؛ لإقرارها على نفسها، وأكمل لها الصداق إن أحبت.

وإن أنكر الإصابة وادعتها لاعن، فإن نكل أكمل الصداق ولحق به الولد، وإن لاعن ونكلت حدت حد البكر، وإن ظهر الحمل بعد موته وادعت أنه منه ألحق به وورثت[1].

واختلف في ميراثها وإكمال الصداق، فقال ابن القاسم: لا ميراث لها، ولا يكمل الصداق[2].

وقال محمد: ترثه، ويكمل لها الصداق، إلا أن يكون طلاقه ثلاثاً؛ فيكمل الصداق ولا ترث[3].

وإن مضت على قولها أنه لم يصب صدقت، ولم يلحق به، وهو ظاهر قول ابن القاسم؛ لأنه قال: يلحق به الولد[4]؛ لأنها لم تثبت على قولها وتصديقها؛ فيتم سقوط الولد، وإن ظهر الحمل في حياة الزوج وأنكره وكذبته ولم يلتعن حتى مات؛ لحق به الولد، قاله ابن القاسم وأشهب / ، قال أشهب: ويكون[5] لها الصداق، فإن قال: الولد مني، ولم أدخل -لحق به؛ لقوله: هو مني، وحد

(ب) ٣٠٢/أ

(١) في (ب): (وورث).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٢٨، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٦.

(٥) في (ح) و(س): (ويكمل).

لقوله: لم أصبها[١].

قال محمد: وإن قال لزوجته: أقررت عندي[٢] أنَّكِ زنيت؛ حدّ ولم يلاعن، وكذلك إن قال: رأيتك تزني قبل أن أتزوجك حدّ ولم يلاعن[٣]، وإن قال: لم أجدها[٤] عذراء لم يجب فيه حد ولا لعان؛ لأن العذرة[٥] تذهب من القفزة، ومن غير فعل[٦] سوء[٧].

وإن أنكر لون ولده لم يلاعن ولم يحد؛ للحديث أن أعرابياً قال للنبي ﷺ: إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلاَمًا أَسْوَدَ، وَإِنِّي أَنْكَرْتُهُ. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟**». قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: «**فَمَا أَلْوَانُهَا؟**». قَالَ: حُمْرٌ . قَالَ: «**فَهَلْ مِنْ أَوْرَقَ؟**». قَالَ: إِنَّ فِيهَا لَوُرْقًا. قَالَ: «**فَأَنَّى تُرَى ذَلِكَ جَاءَهَا؟**». قَالَ: لَعَلَّ عِرْقاً نَزَعَهَا. قَالَ: «**فَلَعَلَّ هَذَا عِرْقٌ نَزَعَهُ**»[٨]، ولم ير عليه نفيه بذلك.

ولا أرى[٩] عليه -في قوله- شيئاً؛ لأنه إنما ظن أنما ذلك يكون لسبب، ونزوع العرق أن يكون بعض الأجداد -وإنْ بَعُدَ- أسود، فيكون ذلك في

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٦.

(٢) قوله: (عندي) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٤.

(٤) في (ح) و(س): (أجدك).

(٥) العذرة: البكارة، انظر: لسان العرب: ٤/ ٥٤٥.

(٦) قوله: (فعل) ساقط من (ح) و(س).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٣٤٠.

(٨) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٦/ ٢٦٦٧، في باب من شبه أصلا معلوما بأصل مبين وقد بين النبي ﷺ حكمهما ليفهم السائل، من كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، في صحيحه، برقم (٦٨٨٤)، ومسلم: ٢/ ١١٣٧، من كتاب اللعان، برقم (١٥٠٠).

(٩) في (ح) و(س): (أن).

بعض الأولاد.

وانظر إذا كان الأبوان أسودين قدما من الحبشة، فولدت أبيض هل ينفيه بذلك؛ لأنها لا يظن أنه كان في آبائه أبيض؟

وإن قال: ما أصبتها منذ سنة، وليس الولد مني؛ فإنه يلحق به، ولا يحد؛ لأن لحوق الولد لأربع سنين لا يعرفه كثير من الناس، وكذلك إذا أنكر الولد، وقال: كنت أعزل أو أصيب في الدبر.

قال محمد: وكذلك كل موضع لو نزل عنه شيء لوصل إلى الفرج فإنه يلحق به الولد[١]. يريد: إذا أصاب بين الفخذين وما أشبه ذلك فإن الولد يلحق به، ولا لعان عليه ولا حد؛ لأن النفي إنما كان أنه ظن ألا يكون عن وطئه حمل.

وكذلك إذا وطئ جاريته فأنزل ثم أصاب امرأته ولم ينزل فحملت به[٢]، فإن الولد يلحق به[٣]، ولا لعان له، فقد يكون الحمل[٤] لفضل ما في إحليله من الماء الأول[٥].

وقال مالك فيمن طلق امرأته فقالت: إني حامل، فقال: استأجر امرأة تكون معها؛ لأنها ليست بمأمونة، فجعل معها امرأة فاسترابت، فقال: كنت اعترضت عنها ولا أعلم أنه كان مني إليها شيء. قال مالك: ويحتجون عليه بأنهم قد جعلوا معها أمينة، قال: جهلت ذلك، فإن لم يأتوا بالبينة لاعن، وإن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤.

(٢) قوله: (به) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (فإن الولد يلحق به) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله: (الحمل) ساقط من (ح) و(س).

(٥) في (ح) و(س): (الولد). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤.

جاءوا بالبينة كان الولد منه، ولا حد عليه فيها قال؛ لأنه ما نفى ولدها، ولا قال: رأيتها تزني[١]، وإنما قال: لا أعلم أني أصبتها، وقد تحمل المرأة ولا يبلغ ذلك منها[٢]. انتهى قوله.

فصل

[هل من شرط اللعان أن يعمل الزوج بمقتضاه فلا يمس بعد الرؤية وأنه يسارع بنفي الحمل؟]

اللعان للرؤية يصح إذا لم يصب الزوج بعدها[٣]، قال مالك: وإن أصابها بعد ذلك حد وإن[٤] لم يلاعن، وجعل ذلك إكذاباً منه لقوله[٥].

واختلف في نفي الحمل إذا لم يقم بنفيه عندما علم، فقال ابن القاسم: إذا رآه فسكت كان سكوته إقراراً منه، قال: فإن رآه يوماً فسكت لم يكن له أن ينكره[٦].

وقال أبو الحسن ابن القصار: إن أَخَّرَ ذلك حتى وضعت، وقال: رجوت أن يكون ريحاً فأستريح منه؛ كان ذلك له إلا أن يجاوز ثلاثة أيام[٧] بعد

---

(١) قوله: (تزني) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٨٥.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٠، بلفظ: (وجل رواة مالك على أن اللعان لا يكون إلا بأحد وجهين، إما برؤية لا مسيس بعدها...).

(٤) قوله: (إن) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٥، بلفظ: قلت: أرأيت المتلاعن إذا أكذب نفسه بعد تمام اللعان أيحل له أن ينكحها في قول مالك؟ قال: لا تحل له أبدا ويضرب الحد ويلحق به الولد. قال مالك: السنة في المتلاعنين أنهما لا يتناكحان أبدا وإن كذب نفسه جلد الحد ولحق به الولد ولم ترجع إليه امرأته. وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٣.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٦.

(٧) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٣٣٩، ١٣٤٠.

الوضع[١] أو يظهر منه ما يدل على الرضى مثل أن يقبل التهنئة قبل الثلاث، وإن لم يظهر ذلك منه في أمره فسحنا له ثلاثة أيام واستشهد بحديث المُصَرَّاة[٢].

وقال عبد الملك في كتاب محمد فيمن قال في زوجته: لم أرها تزني، وليس الحمل مني قال: لست ممن يرى اللعان بالحمل، ولا أراه قاذفاً حتى تضع، فإن جاء ولداً أو أسقطت فقد صار قاذفاً، ووجب له وعليه ما يكون بين المتلاعنين، وذلك أنه قد يحول فلا يكون في بطنها ولد ولا يكون قاذفاً[٣]. قال محمد: السنَّة أن يلاعنها حاملاً[٤] وقد لاعن رسول الله ﷺ في عويمر وهي حامل[٥].

وليس قوله هذا بالبين؛ لأن عويمراً ادَّعى رؤية ولاعن خوف أن يكون عنها حمل، وأيضاً فقد وجب اللعان لقذفها بالرؤية، وإنما الخلاف[٦] إذا لم تكن رؤية، أو كانت ولم يقم[٧] لقذفها، فإن التعجيل ليس بحق عليه، فهو يؤخر؛

---

(١) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٣٤٠.

(٢) حديث المصراة، صحيح: أخرجه أبو داود: ٢/ ٢٩٢، في باب باب من اشترى مصراة... من كتاب الإجارات، برقم (٣٤٤٤) بلفظ: «أن النبي ﷺ قال: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء ردها وصاعا من طعام لا سمراء».

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤، وعبارته: (قال: وما وقف عن / لعانها في الحمل إلا عبد الملك، وإنه قال: حتى تضع في النفي خاصة، ولا يقع القذف عنده فيها حتى تضع، إذ لعله لا حمل بها).

(٤) في (ح) و(س): (تلاعن وهي حامل). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٤، وعبارته: (قال محمد: ولو رآها تزني وهي ظاهرة الحمل، وقال: قد استبرأت، فإذا لاعن سقط الولد، وإن وضعته لأقل من ستة أشهر من الرؤية).

(٥) سبق تخريجه، ص: ٢٤٢٥.

(٦) في (ح) و(س): (الاختلاف).

(٧) في (ح) و(س): (يقض).

رجاء ألا يصح أو تسقطه قبل ذلك، أو تضعه بعد التمام ميتاً؛ فيستغنى عن ذكر ذلك وعن فضيحتها، ولأن الناس يستعظمون أمر النفي، وإن كان الزوج عاميّاً كان أبين في عذره؛ لأن عند العامة أنه إذا ذكر ذلك ونفاه حُدَّ، ولا يعرف أن له أن يلاعن.

ولم يختلف المذهب أنه إذا رآها وسكت، ولم يذكر ذلك إلا بعد مدة، أو بعدما ظهر الحمل -إلا أنه لم يصب بعد الرؤية- أن له أن يلاعن.



باب
في أحكام لعان الزوجين[1]



وإذا نكل أحدهما أو أكذب الزوج نفسه بعد تمام اللعان يتعلق باللعان أربعة أحكام: سقوط الحد عن الزوجين، ونفي الولد والفراق وتأبيد التحريم على اختلاف بين الناس في هذين القسمين الأخيرين، فإن التعنا سقط عن الزوج حد القذف، وعنها حد الزنا الذي أثبته بالتعانه، ويسقط نسب الولد.

واختلف في وقوع الفراق فقال مالك وابن القاسم: يقع الفراق بنفس اللعان، ولا تحل له أبداً[2].

وقال محمد بن أبي صفرة[3]: اللعان لا يرفع العصمة؛ **لقول عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها.** فأحدث طلاقاً قطع به العصمة؛ نزه نفسه على أن يقوم عليه دليل كذب بإمساكها، **وجعل رسول الله ﷺ فعلَ عويمر سنةَ / المتلاعنين**، وهذا هو قول أبي حنيفة[4]، وقال عثمان البتي: لا تأثير للعان في الفرقة، وإنما يُسْقِطَ النسب والحدود، وهما على الزوجية كما كانا[5]، وحمل فعل عويمر أنه[1] على الندب؛ لأن الزوج مندوب إلى فراق

(ب) ٣٠٢/ب

---

(١) قوله: (لعان الزوجين) يقابله في (ح) و(س): (اللعان بين الزوجين).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٤.

(٣) هو: محمد بن أبي صفرة، أبو عبد الله، هو أخو المهلب بن أبي صفرة، كان عالمًا فاضلا أخذ عن الأصيلي وأبي الحسن القابسي، توفي بالقيروان سنة (٤١٦)، انظر: الديباج المذهب، صـ ٣٦٢، وشجرة النور الزكية: ١/ ١١٤.

(٤) انظر: فتح القدير: ٤/ ٢٨٧.

(٥) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٣١٢و ١٣١٣، والإشراف: ٢/ ٧٨٦، قال في الإشراف: (عثمان

زوجته إذا علم منها الزنا؛ لئلا يلحق به غير ولده، وهو لا يعلم، ولأن[٢] التعانه أربعة شهادات كالبينة، فهو إذا ردت شهادته بشهادتها الأربع أبين ألا يفرق بينهما، ولو شهد عليها بالزنا أربعة، وهي بكر؛ لم يفرق بينهما، وقد يحمل الفراق والتحريم في اللعان على ما كان في قوله سبحانه: ﴿ ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً ﴾ [النور:٣] ثم نسخ، فإن نكل الزوج عن اللعان أو أكذب نفسه حُدَّ حَدَّ القذف إن كان حرّاً ثمانين، وإن كان عبداً أربعين[٣]. وقيل: ثمانين.

وإن التعن ونكلت الزوجة أو اعترفت؛ لم يقع فراق، وحدت حد الزاني، فإن كانت حرة مسلمة مدخولاً بها رجمت وورثها زوجها، وإن كانت غير مدخول بها جلدت مائة، وبقيت زوجة، وإن كانت أمة جلدت خمسين دخل بها أو لم يدخل، وإن كانت كتابية عوقبت، وعلى قول المغيرة تحد حد البكر، وإن أكذب الزوج نفسه ثبت نسب الولد، وكذلك إن كان سقط نسبه بالتعانه ثم أكذب نفسه قبل التعان الزوجة أو بعد فإنه يثبت نسبه، واختلف هل تحل الزوجة إذا أكذب نفسه بعد اللعان؟ فذكر ابن شعبان عن عبد العزيز بن أبي سلمة أنه قال: تحل بنكاح جديد، وهو في ذلك ثابت، قال: وأشهب ينحو إليه[٤].

وقوله: بنكاح جديد لأنه يرى أن اللعان فسخ، وعلى القول إنه طلاق؛ ترجع إليه على طلقتين بقيتا له.

واختلف إذا نفى الولد بالاستبراء، ثم قال: لم أستبرئ، فقال مالك وابن

= الليثي) ولعله تحريف.

(١) قوله: (أنه) ساقط من (ح) و(س).

(٢) في (ح) و(س): (وأن).

(٣) انظر: المعونة: ٢/ ٣٣٤، والتفريع: ٢/ ٢١٧.

(٤) انظر: الزاهي، لابن شعبان، لوحة رقم: [٩٦/ أ].

القاسم: إن أكذب نفسه حد[١]. ولم يفرق بين أن يكون اللعان للرؤية أو للاستبراء.

وقال أبو الحسن ابن القصار: إن نفاه بالاستبراء فليس بقاذف؛ لأنه يجوز أن يكون وقعت منه الشبهة.

وليس قوله بالبين، ولو كان الجواب على ما قال: لم تحد حد الزنا إذا نكلت؛ لأن الزوج على قوله لم يثبت عليها زنا، ولكن لو لم يمكن من نفيه بالاستبراء على القول أن الحيض يأتي على الحمل -لم يحد؛ لأنه إنما ظن ألا يكون مع الاستبراء ولد.

فصل

[في إذا وجب اللعان بين الزوجين فمات الزوج]

وإذا وجب اللعان بين الزوجين فمات الزوج قبل أن يلاعن أو بعد أن لاعن، وقبل الخامسة ورثته، ولا لعان عليها[٢].

واختلف إذا مات بعد أن تم لعانه؛ فقال مالك في المدونة: يقال لها: التعني وادرأي[٣] العذاب عن نفسك ولا ميراث لك، فإن لم تلتعن حُدَّتْ، وكان لها الميراث[٤]. وقال ربيعة ومطرف في كتاب ابن حبيب: ترثه، وإن التعنت؛ لأن الفراق إنما يقع بالتعانها[٥].

وهو أحسن؛ لأنه مات وهي زوجة، والميراث حينئذ قائم، وإن ماتت

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٩.

(٣) قوله: (التعني وادرأي) يقابله في (ح) و(س): (ادرأي).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٠.

الزوجة بعد التعان الزوج، أو بعد التعانهما وقبل الخامسة من التعانها -ورثها، وإن ماتت الزوجة قبل أن يلتعن الزوج؛ كان له الميراث، ثم ينظر في التعانه، فإن كان لها من يقوم بقذفها -ابن أو أب أو أخ- قيل للزوج: التعن، فإن نكل حد، وإن لم يكن لها من يقوم بذلك ممن ذكرنا؛ لم يكن عليه شيء على القول أن القذف حق لآدمي، وعلى القول أنه حق لله تعالى يقوم به السلطان.

فصل

[فيمن قذف امرأتيه]

وقال محمد فيمن قذف امرأتيه، فقامت عليه إحداهما، فقال: كذبت عليك، فجلد الحد، ثم قامت الأخرى: فلا حد عليه؛ لأن ذلك الضرب لكل من[1] قذف قبل ذلك، فإن قال لها بعد أن ضرب: قد صدقت عليك أو[2] على صاحبتك؛ كان عليه الحد، إلا أن يلاعن، وسواء فيمن قال ذلك لها منهما، هذا[3] قول ابن القاسم[4].

وقال عبد الملك: يحد للأول[5] ولا لعان له فيها؛ لأنه قذف ثان فقد أكذب نفسه فيه[6]. قال محمد: ولو قال للثانية: أما أنت فصدقت عليك، وكذبت على صاحبتك لاعن الثانية[7]. وهو[8] قول ابن القاسم هاهنا أنه يلاعن عن الأولى إذا رجع بعد أن أكذب نفسه، خلاف المعروف من المذهب، وخلاف الأصول.

---

(١) قوله: (من) ساقط من (ح) و(س).

(٢) في (ح) و(س): (و).

(٣) في (ب): (هو).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٣.

(٥) في (ب): (للأولى).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٣.

(٨) قوله: (هو) ساقط من (ب).

وقال محمد إذا قال بعد أن لاعنها: والله ما كذبت عليها، أو قَذْفِهَا بالزنا : ما سمعت فيها من أصحاب مالك شيئاً، ولا أرى عليه شيئاً؛ لأنه لاعنها[١].

وقال ابن شهاب: يحد؛ لأنه قذفها، وليست له بزوجة[٢](*).

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٣.

(*) إلى هنا ينتهي كتاب اللعان من (ح) و(س)، قال في نهاية الكتاب: (تمت رزمة النكاحات بحمد الله وعونه، والحمد لله وحده) وفي (ب): قال: (إلى هنا انتهى كلام الشيخ) ثم أكمل الباب بما هو مثبت.

باب



في المرأة تتزوج في عدتها فتأتي بولد وإذا أتت بولدين في بطن فأقر الزوج بأحدهما



وإذا تزوجت المرأة في العدة[١] فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر كان ابناً للأول، وسواء أصابها الثاني في الطهر الأول أو في الثاني[٢].

واختلف إذا أصابها في الطهر الأول، فأتت بولد لستة أشهر فصاعداً، هل يكون للأول أو تدعى له القافة، وإذا أصابها في الطهر الثاني هل يكون الولد للثاني أو للأول أو تدعى له القافة؟

(ب) ٣٠٣/أ

والقافة إذا أصابها في طهر / واحد أحسن، وإذا اجتمع ما أمكن أن يخلق الولد من الأول أو من الثاني، أو يشتركان فيه، وقد جُعِلَ[٣] للقافة مدخل في تمييز ذلك.

وقال أشهب: إنما كانت القافة[٤] في الحرائر[٥].

وأيضاً: فإنه لا يختلف في أن اجتماع الماءين في الحرة والأمة -فيما يمكن تصوره من ذلك- واحد، ولا يجوز أن يقال: إذا كانت الأمة زوجة لم يخلق إلا من الأول؛ لا من الثاني، وإذا استحال ذلك وكان الأمر في تصوره في الموضعين سواء؛ كان الصواب أن تدعى له القافة، وأما إذا فصلت بينهما حيضة فكونه للثاني أحسن.

---

(١) قوله: (في العدة) زيادة من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦.

(٣) في (ب): (جعل الله).

(٤) قوله: (القافة) زيادة من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٥٥٢، والكلام لمالك.

فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني وادعى الأول الاستبراء أو أتت به من بعد استبرائه لستة أشهر فأكثر -لاعن وكان لا أب له.

وإن ادعى الأول استبراء وأتت به من وطء الثاني لستة أشهر فأكثر وكانا أصابا في طهر -لاعن الأول، وكان ابناً للثاني، ولا لعان عن المرأة؛ لأن الأول نفاه لأب يلحق به نسبه، فلو نفاه الثاني لأنه أنكر الوطء، أو قال استبرأت، وأتت به بعد استبراء لستة أشهر فأكثر ولاعن -التعنت حينئذ المرأة؛ لأن الآخر نفاه لغير أب، وإذا صح نفيه بالتعانهما جميعاً ثم استلحقاه لحق بمن سبق إلى استلحاقه منهما دون الآخر.

واختلف إذا استلحقه الأول بعد أن التعن، وقبل أن يلتعن الثاني، فقال محمد: لا يلحق به؛ لأنّه بنفيه صار ابناً للثاني، وقال: لا فدية على الأول إن استلحقه وأكذب نفسه قبل لعان الثاني أو بعده؛ لأنه نفاه إلى أب، ولم ينفه إلى زنى، وإن أكذب الثاني نفسه واستلحقه حدّ، وسواء استلحقه بعد لعانه أو قبل[1]. وهذا قول محمد، ومحمل قوله على أنه أنكر الوطء، فلهذا يصح أن يلحق بالأول.

وأرى أن يحدّ الثاني إن أقر بالإصابة وادعى الاستبراء؛ لأنه نفاه إلى زنا، وإن أنكر الإصابة ألا يحد؛ لأنه يقول لا هو ابن الأول، وكذب في لعانه فلم ينفه إلى زنا.

قال محمد: إذا كان وطء الثاني بعد حيضة وأتت به لستة أشهر، فنفاه كان له أن يلاعن ولو أقر بالإصابة[2]، ويلحق بالأول إلا أن يلاعن[3]. يريد: إذا

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٨.

(٢) قوله: (ولو أقر بالإصابة) ساقط من (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٩.

نفاه الثاني بأن قال: لم أصب، فيبقى ابناً للأول، إلا أن يلاعن، ولو أقر بالإصابة وادعى الاستبراء والتعن لا يصح أن يعود إلى الأول.

ومن المدونة: قال ابن القاسم في المرأة تلد ولدين في بطن واحد، وأقر الزوج بالأول، ونفى الثاني، قال: يلزمه الولدان جميعاً، ويضرب الحدَّ، وإن كان بين الوضعين خمسة أشهر فهو بطن واحد، وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً كانا بطنين، وإن أقر بالإصابة في الأول خاصة لاعن، وإن أقر بهما جميعاً، وقال: لم أجامعها بعدما ولدت؛ سئل النساء، فإن قلن: إنَّ الحمل يتأخر هكذا لم يحد، وإن قلن: إنه لا يتأخر جلد الحد[1].

قال الشيخ ﷺ: وإن ادعى رؤية، وأتت بولدين في بطن واحد[2]، أحدهما شبيه بمن رماها به، وقال: أنا ألتعن له وحده، قال: لم أصبها بعد الرؤية؛ كان ذلك له على قول المغيرة، وابن دينار في المسبية تلد توأمين في بطن أنهما يتوارثان بالأم خاصة، قالا: لأنه قد يشترك الاثنان في الولد[3] الواحد، فهما في الاثنين أحرى أن يكون من واحد ولد، ومن الآخر ولد، فلا يكون الأب واحداً، فكذلك هذا إذا ولدت توأمين؛ فلا يكون أبوهما واحداً، ويكون واحد منه، وواحد من الذي رماها به فيلتعن منه.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٧.

(٢) قوله: (واحد) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (الولد) ساقط من (ت).

باب



في المرأة تدعي على الزوج أنه قذفها أو يدعي هو أنه وجد مضاجعا لها



ومن المدونة: قال ابن القاسم: إذا ادعت امرأة على زوجها أنه قذفها، ثم أنكر فأقامت عليه البينة حد، إلا أن يدعي رؤية فيلاعن؛ لأنه يقول: كنت أريد أن أكتم، فأما إذا قامت البينة فأنا ألتعن[1].

قال الشيخ ﷺ: إذا قذف زوجته ثم جحدها ثم أقامت عليه البينة؛ فإنه لا يخلو أن يكون قذفها بأن قال: يا زانية، أو قال: رأيتك تزني، ثم جحد القول، فقال: ما قلت ذلك، أو جحد الرؤية، فإن قال: يا زانية، ثم جحد، فلما قامت عليه البينة قال: رأيتها تزني؛ كان له أن يلتعن، وعلى هذا تكلم ابن القاسم[2]، ولا يختلف في ذلك؛ لأنه لم يتقدم منه ذكر رؤية، ولكن جحوده للرؤية، والذي رجع إليه غير ما كان فيه الجحود والمنازعة، وإن قال: رأيتك تزني، ثم جحد القول، وقال: ما قلت ذلك، فلما أثبتت عليه البينة قال: قُلْتُ، وكنت رأيتك تزني؛ كان له أن يلتعن؛ لأن جحوده للقول ليس بجحوده بالرؤية، وهو يقول: أردت ستراً، وإن جحد أن يكون رآها، وكان قد قال لها: رأيتك تزني، ثم قامت البينة -لم يصح أن يلاعن على المشهور من المذهب؛ لأنه قد أكذب نفسه.

وفي كتاب محمد فيمن قذف امرأتيه، فقامت عليه إحداهما، فكذّب نفسه،

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٩.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٩.

(ب) ٣٠٣/ب

/ فجلد الحد، ثم قامت الأخرى، قال: لا حد عليه؛ لأن ذلك الضرب يجمع كل من قذف قبل ذلك، قال: وإن قال لها بعد أن ضرب: قد صدقت عليك أو على صاحبتك؛ كان عليه الحد إلا أن يلاعن، وسواء فيمن قال ذلك لها منهما، وهذا قول ابن القاسم، وقال عبد الملك يحد في الأولى ولا لعان عليه؛ لأنه قذف ثان، وقد أكذب نفسه فيه، قال محمد: ولو قال للثانية: أما أنت فصدقت، وأما صاحبتك فكذبت؛ لاعن للثانية[1] .

فقول ابن القاسم في الأولى إنه يلاعن إذا رجع بعد أن كذب نفسه، فقال: صدقت -خلاف المعروف من قوله، وخلاف الأصول.

قال محمد: وإذا قال بعد أن لاعنها: والله ما كذبت عليها أو قذفها بالزنى، قال محمد: ما سمعت فيها من أصحاب مالك، ولا نرى عليه[2] شيئاً؛ لأنه لاعنها بقذفه إياها[3]. وقال ربيعة: يحد؛ لأنه قذفها، وليست له بزوجة[4].

ومن المدونة قال ابن القاسم: إذا قال: وجدت مع امرأتي رجلاً في لحافها أو مضاجعاً لها أو تجرّدت له؛ يؤدب ولا يحد[5].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٣.

(٢) في (ب): (عليها). المثبت من (ق١٠).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٣٣٨، بلفظ: ومن كتاب ابن المواز قال مالك: ومن قال لابن الملاعنة: يا ابن الزانية؛ حد، وإن نفاه من أبيه في مشاتمة؛ حد، ولو قال لها زوجها بعد اللعان: يا زانية، فقال ابن شهاب: يحد؛ إذ ليست له بزوجة. قال محمد: لا حد عليه.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٣٣٨، وعزاه لابن شهاب.

قلت: والمؤلف هنا عزاه لربيعة، وقد سبق له أن نسبه لابن شهاب عند قوله: (وقال ابن شهاب: يحد؛ لأنه قذفها) ، ص: ٢٤٦٤. فلعله من قولها.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٠.

قال محمد: ولو كان ذلك منه في أجنبية؛ كان عليه الحد، إلا في القبلة وحدها[١]. فإن ذلك من التعريض الذي يراد به القذف، قال: وقد روى لنا عن ابن القاسم وأشهب أنهما قالا: من عرض لامرأته بالزنا فهي مثل غيرها؛ يجب عليه الحد ولا يلاعن[٢].

قال الشيخ رحمه الله: أما إذا أتى إلى القاضي شاكياً أو ذكر ذلك لجيرانه، ولم يكن على وجه المشاتمة لم يحد.

واختلف في عقوبته؛ لأن محمل قول الزوج إذا لم يكن في مشاتمة محمل الشهادة.

وقد اختلف في الشاهد الذي قال: رأيته بين فخذيها، قال ابن القاسم: يعاقب[٣]. وهو مثل قوله هاهنا في الزوج أنه يؤدب، وقال غيره: لا يعاقب الشاهد[٤]، وعلى قوله لا يؤدب الزوج.

وهو أحسن إذا كان ذلك في غير مشاتمة، وإن كان ذلك على سبيل المشاتمة حَسُن أن يقال: يحدُّ، إلا أن يدعي رؤية، وأن يقال: لا يحدُّ؛ لإمكان أن يكون ظهر على ذلك وأراد ستراً، فأرى أن يحد إذا كانت الزوجة معروفة بالدين والصيانة، وألا يكون عليه شيء إذا كانت ممن يظن بها ذلك لا حد ولا عقوبة.

قال محمد فيمن ادعى على امرأته أنها أقرت عنده أنها زنت : أنه لا يحد ولا يلاعن[٥]. وإذا قال الزوج: رأيتها تزني قبل نكاحي إياها؛ حد ولم يلاعن[٦].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٤.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٥١٠.

(٤) قوله: (الشاهد) ساقط من (ت).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٤.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٨.



باب
في لعان المطلقة



وذلك على أربعة أوجه:

أحدها: أن يدعي رؤية وهي زوجته، فلم يقم به حتى طلقت وبانت منه.

والثاني: أن يطلقها، ثم يدعي رؤية كانت قبل الطلاق.

والثالث: أن يدعي رؤية بعد الطلاق في العدة، فإن ادعى الرؤية قبل الطلاق، ثم قال به بعد الطلاق؛ كان اللعان بينهما سواء كانت أيّماً أو تزوجت، فإن لاعن وجب عليها اللعان، وإن نكلت رجمت، وإن طلقها ثم ادعى رؤية تقدمت الطلاق؛ حد ولم يلاعن إذا كان الطلاق بائناً، وإن كان الطلاق رجعياً؛ كان له أن يلاعن، قال محمد: وذلك أنه لم يتكلم حتى طلق[1].

قال الشيخ ﵀: وليس ذلك بالبين؛ لأنه يقول لما اطلعت على ذلك منها طلقتها، وكرهت إمساكها، وذلك كان سبب الطلاق، وكذلك إن قال: رأيتها تزني بعد الطلاق، فإن كان الطلاق رجعياً لاعن، وإن كان بائناً حد[2].

وروى ابن القاسم أنه يلاعن، فإن مات قيل لها: الْتَعني بعده، وعدتها ثلاث حيض لا ترجع إلى عدة الوفاة[3].

وإن ادعى رؤية بعد انقضاء العدة حدّ، ولم يلاعن قولاً واحداً[4]، وسواء

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٩.

كان الطلاق بائناً أو رجعياً، فإن لم[1] يجدّ حتى ظهر بها حمل كان له أن يلاعن، وسواء قال: رأيت قبل الطلاق أو بعده أو في العدة أو بعدها.

قال محمد: من ملّك امرأته فلم تختر ولم يفترقا حتى قال: رأيتها البارحة تزني - كان له أن يلاعن؛ لأنها زوجته، فله أن يلاعن وإن اختارت نفسها، وإن حلف بالطلاق ألا يفعل أمراً[2] ففعله، ثم قال: رأيتها تزني قبل ذلك حدّ ولم يلاعن[3].

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إذا قدم الزوج بعد موت زوجته فقال: رأيتها تزني: إنه يحدُّ، ولا يلاعن، وهو كمن رمى امرأة طلقها[4]، وقال مالك فيمن ادعى الرؤية وسمى الرجل: إنه يلاعن الزوجة، ويحد للرجل[5].

وقال بعض أهل العلم: لا حد عليه للرجل؛ لقول النبي ﷺ: «**إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى كَذَا، فَلاَ أُرَاهُ إِلاَّ قَدْ صَدَقَ عَلَيهَا**» إن جاءت تدعي نعت الرجل الذي ذكره عويمر[6]، وحديث ابن عباس: قال: قذف هلال بن أمية زوجه بشريك بن سحماء، فقال له النبي ﷺ: «**أَرْبَعَةٌ، وَإِلاَّ فَحَدٌّ فِي ظَهْرِكَ**» فنزلت آية اللعان[7] فسقط الحد باللعان.

---

(١) قوله: (لم) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (أمرا) ساقط من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٢.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦١.

(٦) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٣٤، في باب قول النبي ﷺ: لو كنت راجما بغير بينة، من كتاب الطلاق، برقم (٥٠٠٤)، ومسلم: ٢/ ١١٣٤، في أول كتاب اللعان، برقم (١٤٩٧).

(٧) سبق تخريجه، ص: ٢٤٢٥.

وإذا حُدَّ الرجل ثم نكل عن اللعان لم يُحَدَّ للمرأة؛ لأن الحد الذي تقدم كاف لكل من قذف قبله، وهذا إذا لم يذكر بعد حده أنه صدق عليها، فإن قال: صدقت عليها، ثم نكل؛ كان في استئناف حده قولان، قوله صدقت عليها كقوله: / صدقت عليها[1]، وهو بمنزلة رجل قذف رجلاً فحد له، ثم قال: صدقت عليك، فقيل: يحد. وقيل: لا حد عليه. وليس عليه أن يرجع، وقد جلد أبو بكرة، وقال عمر ﷺ ارجع عن قولك، وتقبل شهادتك[2]؛ فلم ير عليه في تماديه شيئاً، وهو في مسألة اللعان أبين؛ لأنه لا خلاف أن له تلاعَن[3]، وإنما ثبت التعانه بما تقدم من قوله.

(ب) ٣٠٤/أ

وقال ابن القاسم في المدونة فيمن ضرب بطن امرأته فألقت جنيناً ميتاً فانتفى منه الزوج والْتعن؛ كان الغرة للأم، ومن يرث الجنين مع الأم مثل ولد الملاعنة[4] وإن ولدت المرأة الملاعنة ولداً، ثم مات قبل أن يعلم به الزوج أو كان الزوج غائباً، فمات في غيبته، فلما قدم انتفى منه: إن له أن يلاعن؛ لأنه قاذف، وكذلك لو ولدته ميتاً له أن يلاعن؛ لبقاء الزوجية، وكذلك إن ماتت الزوجة، وبقي الولد، فإن له أن يلاعن، وإن قدم بعد أن ماتا جميعاً كان له أن يلاعن لنفي الولد، وإن ادعى رؤية بعد موتها ولم ينف حملاً حد ولم يلاعن[5]، وإن انتفى من ولد وهو حي، ثم استلحقه بعد أن مات، وقد

---

(١) قوله: (قوله صدقت عليها كقوله: صدقت عليها) غير واضح في السياق وهو كذلك مثبت في المخطوطة.

(٢) أخرجه البخاري معلقا: ٢/ ٩٣٦، في باب شهادة القاذف والسارق والزاني.

(٣) كذا في (ب)، وهو غير واضح فربما يكون سقط منه شيء، والله تعالى أعلم .

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦١.

(٥) قوله: (لنفي الولد... ولم يلاعن) ساقط من (ب).

خلف مالاً فقال: إن كان للولد المستحق ولد لحق به، وإن لم يكن له ولد لم يلحق؛ لأنه يتهم لوراثته وهو يحد في الموضعين جميعاً[(١)].

قال الشيخ رحمه الله: الأمر في حده راجع إلى ما تقدم في صفة اللعان، فإن كان نفيه[(٢)] بالرؤية والاستبراء -لم أر أن يحد إذا قال: هو ولدي، إلا أني كذبت في الاستبراء، فإن كان نفيه بالرؤية بانفرادها على من رأى أنه ينفيه بذلك حد.

ومن المدونة قال ابن القاسم: إذا شهد أربعة على امرأة بالزنى أحدهم الزوج؛ ولاعن[(٣)] الزوج، ويحد الثلاثة[(٤)].

ويختلف في تعجيل حدهم قبل لعان الزوج أو بعد لعانه، فقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن قذف امرأة بالزنى بعد التعان الزوج، وقبل التعانها : أخر الحد عنه؛ لأن لعان الزوج أربع شهادات أوجب عليها الحد، فإن التعنت حد القاذف، وإن نكلت لم يحد.

وقال أشهب: يحد ولا يؤخر[(٥)].

فالقول الأول أحسن، وقال محمد: إن لم يلتعن حتى مات لم يحد، وظاهره على القولين جميعاً، وقياد القول أنه يحد ولا يؤخر لنكولها؛ أن يقول: يحدّ وإن ماتت، وعلى هذا يجري الجواب[(٦)] إذا كان أحد الأربعة زوجها، ولم ينظر في ذلك حتى التعن الزوج؛ أنه لا يحد الثلاثة على قول ابن القاسم حتى ينظر هل تلتعن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٣.

(٢) قوله: (نفيه) زيادة من (ب).

(٣) كذا بالمخطوط، ولعل صوابها كما وقفت عليها في المدونة: (يلاعن الزوج).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٤.

(٦) قوله: (الجواب) ساقط من(ب).

هي أم لا؟ فإن التعنت حدوا، وإن نكلت رجمت ولا يحدون.

وأما قبل التعان الزوج فلا يؤخرون على قول ابن القاسم في المدونة فيمن شهد على رجل غائب بالزنى أنه لا يؤخر حتى يأتي. وقال أبو الفرج يؤخر.

وعلى هذا يؤخر الشهود[١] الثلاثة حتى ينظر هل يلتعن الزوج، وهل تنكل هي أم تلتعن؟ وإن لم يعلم أن أحدهما زوجها حتى رجمت كان حكماً مضى في دمها خاصة.

قال ابن القاسم في كتاب محمد: لا شيء من ديتها على زوجها ولا على الشهود، ولا على الإمام ولا على العاقلة؛ لأن ذلك ليس بخطأ صراح، وهو مما يختلف فيه الحكم[٢].

ويقال للزوج لاعن، فإن نكل حد، قال محمد: ولا حد على الثلاثة لاعن الزوج أو نكل[٣]. وقال ابن حبيب: إن نكل الزوج حدوا، وإن لاعن لم يحدوا[٤]. قال ابن القاسم: وله الميراث وإن نكل عن اللعان، إلا أن يعلم أنه تعمد الزور فلا يرثها[٥]. وقال أصبغ: لا ميراث له إذا نكل[٦] وأرى فيه تهمة العامد لقتل وارثه.

وله في موضع آخر غير ذلك.

---

(١) قوله: (الشهود) زيادة من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٤٧، ٥/ ٣٥١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٤٧، وعبارته: (وروي ابن حبيب عن أصبغ أن الزوج إن لاعن بعد الرجم سقط الحد عن الشهود، وإن لم يلتعن حد هو وهم).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥١، ١٤/ ٢٤٧.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٤٧.

باب



في الملاعنة هل لها السكنى أو نفقة أو متعة، وهل يلاعن في الحيض



قال ابن القاسم في المدونة: تلاعن وهي حامل إنه لا نفقة لها[١] . يريد: إذا كان اللعان لنفي الحمل، وإن كان لرؤية، وهو مقر بالحمل؛ كانت لها النفقة، وإن التعن لنفي الحمل ثم استلحقه؛ كان لها أن ترجع عليه بالنفقة إن كان في حال حملها موسراً، وإن كان معسراً وهو الآن موسر؛ لم ترجع عليه بشيء، فإن كان موسراً ببعض ما يلزمه من نفقة الحمل، أو موسراً في بعض تلك المدة؛ رجعت بما كان فيه موسراً.واختلف في سكناها إذا كانت غير حامل، فقال ابن القاسم: لها السكنى؛ لأنها في عدة منه[٢]، وقال ابن شعبان: اختلف في السكنى، وأحب إلي أن تسقط لأنها لا مطلقة ولا متوفى عنها[٣].

وهكذا أتى في الخبر، ولأن الحمل لا يلحق به، وأرى إذا لاعن للرؤية، وهو غير منكر للولد متى أتت به؛ كان لها السكنى، وإن لاعن للرؤية ولنفي الحمل؛ لم يكن لها سكنى.

قال الشيخ ﵀: وهو أحسن؛ لأن الأصل في وجوب السكنى؛ خوفاً من أن تكون حاملاً من الزوج، وقد أسقط التعانه ذلك؛ فليست بمحبوسة / من أجله، وليست في عدة منه، وإنما هي في عدة من زِنَاهَا به، وكذلك لو كانت حاملاً، فانتفى من حملها؛ فإن لها السكنى على قول ابن القاسم، ولا سكنى لها على القول الآخر.

(ب) ٣٠٤/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٥١.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٣.

(٣) انظر: الزاهي، لابن شعبان، لوحة رقم: [٩٦/ أ].

وهو أبين في سقوط السكنى، لأن الزوج يقول: ليس الحمل مني، وهي لو لم تكن حاملا انقضت عدتها بالحيض في شهرين أو نحو ذلك فالزيادة على ذلك إلى أن تضع الحمل من غيري.

فصل

[في سقوط متعة الملاعنة]

ولا متعة للملاعنة[1]، وسواء كان اللعان لرؤية دون نفي الحمل، أو نفي الحمل دون الرؤية، أو لهما جميعاً للرؤية والحمل.

واختلف في وجه ذلك، فقال ابن القاسم في المدونة، لأن الفراق من قبلها جاء حين أنكرت[2]، وقال إسماعيل القاضي: أحسب أن ذلك لأن اللعان فسخ والمتعة والفراق للمطلقات، وقال ابن القاسم في المدونة: إذا كانت المرأة حائضا لم يلاعن السلطان بينهما[3]، وقال محمد: إذا أراد الزوج أن يلاعن مخافة أن ينزل به ما يرافعه عن اللعان فيلزمه الولد، فذلك له، وله أن يلتعن هو وتُؤَخَّر هي حتى تطهر، وقال عبد الملك[4] في ثمانية أبي زيد، لأن اللعان طلاق[5]، ولا تطلق امرأته وهي حائض، ولأن اللعان لا يكون إلا في المسجد والحائض لا تدخله.

تم كتاب اللعان والحمد لله حق حمده

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٤.

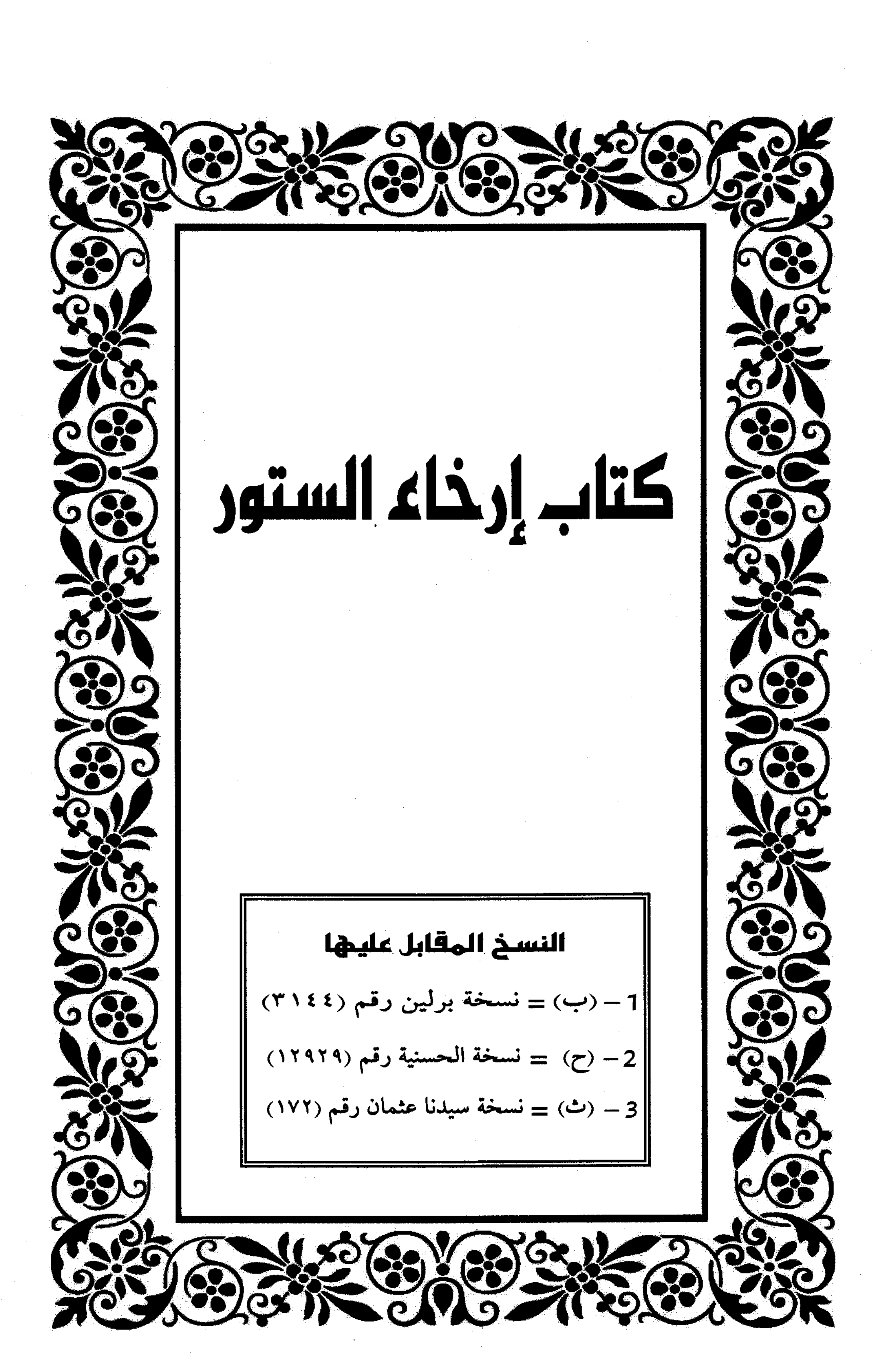
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٤.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦٤، وعبارته: (لا يلاعن السلطان بينهما حتى تطهر).

(٤) قوله: (وقال عبد الملك) مثبت من (ق١٠).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣٣، وعبارته: (وإن كانت حائضاً لاعن هو إن شاء تعجيل ذلك مخافة أن ينزل به ما يدفعه عن اللعان فيلزمه الولد، وتؤخر هي حتى تطهر لأنه من الطلاق).





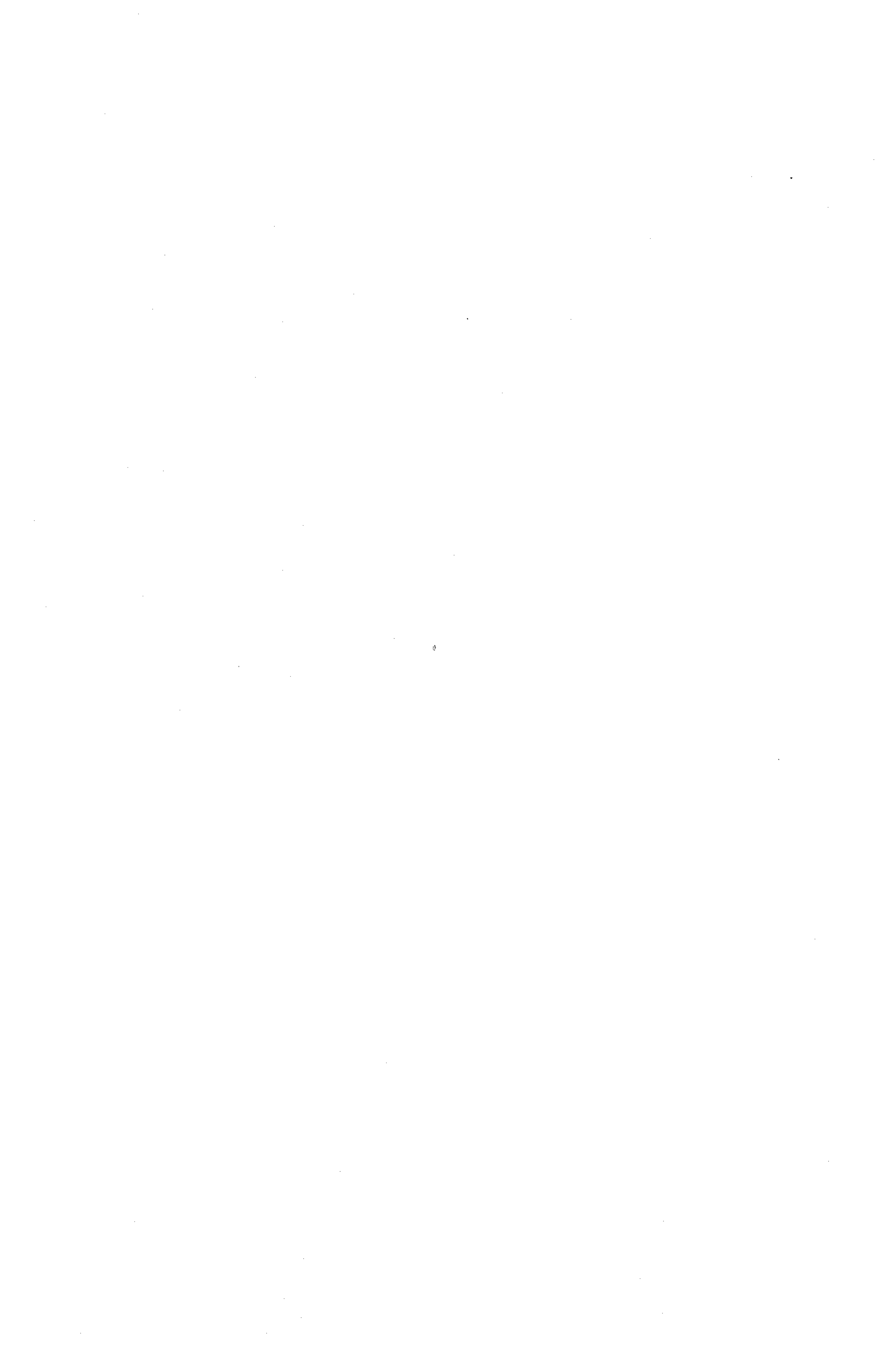
كتاب إرخاء الستور

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 – (ث) = نسخة سيدنا عثمان رقم (١٧٢)



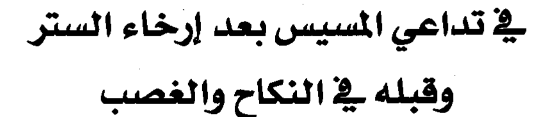
بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد

وعلى آله وصحبه وسلم

كتاب إرخاء الستور





باب

في تداعي المسيس بعد إرخاء الستر وقبله في النكاح والغصب

وإذا خلا الزوج بزوجته ثم طلقها، فإنهما لا يخلوان من أربعة أحوال[1]: إما أن يتصادقا على المسيس، أو على نفيه، أو يختلفا فيه[2]؛ فتدعي ذلك وينكره، أو يدعيه وتنكره[3]. ويتعلق بالمسألة ثلاثة حقوق: حق لها، وحق له، وحق لله سبحانه، فحقوقها أربعة:

إكمال الصداق، والسُّكنى، والنفقة، والإحلال.

وحقوقه ثلاثة: الرَّجْعَة، وقبول قوله في دفع الصداق، وفي سقوط نصفه. وحقوق الله تعالى العدة والإحصان والإحلال. فالإحلال حق الله تعالى؛ لنهيه عن الرجوع إلى الأول حتى تنكح زوجاً غيره، وحق لها إن ادعت ذلك؛ لأنها ممنوعة قبله من الأول.

---

(١) في (ب): (أوجه).

(٢) قوله: (فيه) زيادة من (ب).

(٣) قوله: (أو يدعيه وتنكره) سقط من (ح).

فصل
[فيما يُستحق به الصداق]

فأما الصداق فيُستحق إذا تصادقا على المسيس، ويستحق إذا انفردت بدعوى الإصابة، وذلك بشرطين: أن تكون ثَيِّباً، والخلوة خلوة البناء، ولا خلاف في هذا القسم، واختلف في خمس مسائل:

أحدها: إذا كانت بكراً، هل تصدق أو ينظر إليها النساء؟

والثاني: إذا كانت خلوة زيارة وهي بكر أو ثيب.

والثالث: إذا اعترف بالإصابة وأنكرت.

والرابع: إذا تصادقا على نفي المسيس، وهي سفيهة أو صغيرة أو أَمَةٌ.

والخامس: إذا باشر ثم عجز عن الإصابة.

فأما البكر فقال مالك مرة[١]: هي كالثيب يقبل قولها إذا كانت خلوة بناء[٢]. وروى عنه ابن وهب، وإسماعيل بن أبي أويس: أنه قال: لا تصدق[٣] وينظر إليها النساء، فإن كانت بكراً صدق عليها، وإن رأين أثر افتضاض صُدقت[٤]. وهو أحسن؛ لأن وجود البكارة دليل له، وعدمها دليل لها.

واختلف عنه إذا كانت خلوة زيارة على أربعة أقوال: فقال مالك[٥] في المدونة: إن كانت الخلوة عند أهلها صُدِّق، وإن كانت عنده صُدِّقَت[٦].

---

(١) قوله: (مرة) سقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٨.

(٣) في (ح): (لا صداق لها).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١١٦، والمعونة: ١/ ٥٨٥.

(٥) قوله: (مالك) ساقطة من (ب)، (ث).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٠.

وقال في كتاب محمد: القول قولها حيث ما أخذهما الغلق[(١)].

وقال فضل: قال[(٢)] عيسى بن دينار: القول قوله مع يمينه في خلوة الزيارة حيث كانت، في أهله أو في[(٣)] أهلها.

والرابع: يُقبل قولها إن كانت ثيباً، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء، وبه أخذ في البكر، وإن كانت ثيباً كان القول قوله مع يمينه؛ لأنه يدعي استصحاب ما كانت الخلوة له؛ لأن الاجتماع لم يكن لتَسْلَم هي، ولا ليقبض[(٤)] هو، فمن ادعى خلاف[(٥)] ما كانت الخلوة له لم يصدق، إلا أن تكون الخلوة عندهم[(٦)] ليصيب فيقبل قولها، أو تكون بكراً فينظر إليها النساء.

فصل

[فيما يلزم الزوج في اعترافه بالمسيس]

وإن اعترف بالمسيس وأنكرت كان قد أقر لها بالصداق، فإن كانت ثيباً كانت بالخيار في أخذه أو تركه، ومن حق الزوج ألا تأخذه إلا أن تعترف بالإصابة لحقه في الولد وغير ذلك.

واختلف في البكر، فقال عبد الملك وأصبغ في ثمانية أبي زيد: هي كالثيب، وهي بالخيار أو وليها. وقال مطرف: لا خيار لها، وعلى وليها قبض ذلك، وهو أحسن إذا كانت خلوة بناء[(٧)].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٨.

(٢) قوله: (قال) في (ث): (و).

(٣) قوله: (في) زيادة من(ب).

(٤) في (ح): (ليقتض).

(٥) قوله: (خلاف) سقط من (ح).

(٦) قوله: (عندهم) سقط من (ح).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٠، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٧.

وإن كانت خلوة[١] زيارة لم تأخذه إلا أن تصدقه لاتفاق عبد الملك ومطرف على سقوط العدة في خلوة الزيارة، وإن ادعى الإصابة.

(ب) ٣٠٥/أ

وبسقوط العدة احتج/ عبد الملك؛ لأنه[٢] يستحيل أن تكون صادقة كاذبة في حال واحدة، فتكذب[٣] في أنه لم يصب وتعطى الصداق، وتصدق[٤] في أنه لم يصب وتتزوج بالحضرة من غير عدة.

ومن حق الزوج ألا يؤخذ منه الصداق إلا أن تصدقه فتحبس عن الأزواج لحقه في الولد، وعلى القول الآخر: ينظر إليها النساء[٥]، فإن كانت قائمة العذرة[٦] صُدِّقت ولم تمنع الأزواج ولم يكمل[٧] لها الصداق، وحمل قول الزوج على الضرر بها ليمنعها[٨] الأزواج، أو ليملك الرجعة.

وإن كانت ذاهبة العذرة صُدِّق وأكمل لها[٩] الصداق، ومنعت الأزواج حتى تعتد، ويلزم مَن أسقط العدة في خلوة الزيارة في بيته- إذا قالت: لم يُصب، وأقر هو بالإصابة- أن يقبل قوله إذا قال: لم أصب، وإن ادعت ذلك؛ لأن الوجه[١٠] عندهما في سقوط العدة أن الخلوة لم تكن لتسلم نفسها، فكذلك

---

(١) قوله: (خلوة) سقط من (ح).

(٢) في (ح): (لأنها).

(٣) في (ث): (فيكذب)، وفي (ح): (وكذب).

(٤) في (ث)، (ح): (ويصدق).

(٥) قوله: (النساء) سقط من (ث).

(٦) العذرة: البكارة. انظر: لسان العرب: ٤/ ٥٤٥.

(٧) في (ح): (يكن).

(٨) في (ث): (لتمنع).

(٩) قوله: (لها) سقط من (ث).

(١٠) في (ح): (الزوجة).

هو يقبل قوله؛ لأنه لم يدخل على قبض المبيع، فإن قيل: إنما قبل قولها إن ادعت الإصابة؛ لأنه الغالب. قيل: فكذلك يقبل قوله إذا ادعى الإصابة، فتحبس عن الأزواج ويملك الزوج[1] الرَّجعة، بل قوله أرجح؛ لأنه مقر على نفسه أنه فعل ما الغالب أنه يفعله، فكان إقراره أقوى من دعوى غيره عليه، فإذا لم يصدق هو في الرجعة لم تصدق هي عليه ولم يكمل لها صداق.

فصل

[في دعوى عدم الإصابة، ومتى تصدق؟]

وإن تصادقا على أنه لم يصب صُدِّقت إذا كانت حرة رشيدة، وسواء كانت خلوة زيارة أو خلوة[2] بناء، وتصدق إذا كانت سفيهة، أو صغيرة، أو أَمَة والخلوة خلوة زيارة[3].

واختلف إذا كانت خلوة بناء، فقيل: تصدق ولها نصف الصداق[4]. وذكر عن سحنون أنه قال: لا تُصَدَّق؛ لأنها تسقط ما وجب لها[5].

والمسألة على أربعة أوجه: فإن كانت بكراً صدقت إذا كانت على البكارة، ولم تصدق إن كان أثر افتضاض.

وإن كانت ثيباً وأطال المكث لم تصدق؛ إلا أن يثبت أنه عجز، وإن لم يطل مكثه وقرب وأشكل الأمر صُدِّقت؛ لأن الستر[6] شاهد مع الدعوى.

---

(١) قوله: (الزوج) زيادة من (ث).

(٢) قوله: (خلوة) سقط من (ث).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٨.

(٤) انظر: الاستذكار: ٥/ ٤٣٥.

(٥) ذكر صاحب التوضيح القول منسوباً لمطرف وسحنون وعزاه لثمانية أبي زيد. انظر التوضيح، لخليل: ٤/ ٢١٨.

(٦) في (ث): (السر).

فصل

[في ثبوت عجزه عن الإصابة]

واختلف إذا عجز عن الإصابة على أربعة أقوال: فقال مالك في المدونة: لها النصف إلا أن يطول مقامه واستمتاعه بها، وتمر لها سنة كامرأة العِنِّين[١].

وقال مالك في كتاب محمد في العِنِّين: إن ضُرِبَ له[٢] الأجل بقرب الدخول، فلها النصف، وإن طال مكثه قبل ضرب الأجل فلها الجميع[٣].

وقال عبد العزيز بن أبي سلمة: لها النصف وإن طال مقامه معها[٤]. وذكر ابن القَصَّار عن مالك أنه قال: لها الجميع إذا عجز وإن لم يطل مقامه معها[٥]. قال: وهو قول عمر وعلي وزيد بن ثابت، ومعاذ، والزهري، والأوزاعي؛ وقال عمر رضي الله عنه: «ما ذَنبُهُنَّ إنْ جَاءَ العَجْزُ مِن قِبَلِكُمْ»[٦].

وأرى لها النصف، وتعاض من تمتعه بها، والذي يقتضيه القرآن أن لها النصف إن طلقت قبل المسيس، والجميع إن طلق بعد المسيس الذي هو الجماع، فإذا كشفها واطلع عليها[٧] واستمتع، كان ذلك وجهاً ثالثاً[٨] فوق ما

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢٩.

(٢) قوله: (له) زيادة من(ح).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٢.

(٤) في (ح): (مقامها معه)، وانظر المدونة: ٢/ ١٨٥، وفيها: وإن ناساً ليقولون ليس لها إلا نصف الصداق.اهـ.

(٥) قوله: (مقامه معها) زيادة من(ح).

(٦) أخرجه عبد الرزاق: ٦/ ٢٨٨، في باب وجوب الصداق، من كتاب النكاح، برقم (١٠٨٧٣)، وأورده البيهقي في سننه الكبرى: ٧/ ٢٥٦، في باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق؛ كلاهما موقوف.

(٧) قوله: (عليها) زيادة من(ح).

(٨) قوله: (ثالثاً) سقط من (ح).

تستحق به النصف، ودون ما تستحق به الجميع، فلها أن تأخذ العوض عنه.

فإن كان الصداق عبداً، أو ثوباً، استحقت نصفه بالعقد، وزيدت لمكان الاستمتاع بها[١]، وإن هلك عندها لم ترد[٢] شيئاً، وإن كان شواراً أو دنانير فاشترت بها شواراً؛ كان لها نصفه، وزيدت لمكان الاستمتاع إن كان قائماً، وإن انتفع به فانتقص لذلك وبقي منه قدر النصف لم يرجع هو فيه بشيء، فكذلك إن بقي منه زائداً على النصف بقدر ما يرى أنه يجب لمكان الاستمتاع.

وقال مالك في كتاب المدنيين: إذا طال مكثه وأخلقت ثيابها ومضى[٣] الصبغ، ورثَّ المتاع[٤]، كان لها الجميع؛ لأنها إن صُرفت[٥] إلى نصف ما بقي لم يكن فيه وفاء بالنصف لما أخلق زوجها من ذلك مع الذي كشف منها واطلع عليه[٦]. يريد؛ أنه لو طلق قبل أن يصير إليها كان لها[٧] النصف موفراً، فلما بنى بها استهلكته في طيب وفيما كانت في غنىً عنه، وانتفع هو به في غطاء ووطاء، فخلُق بانتفاعه معها فلو جعل لها نصفه رجعت عليه بقدر ما أتلف من ذلك النصف، ولتعوض باستمتاعه[٨] بها، فجعل متاركتها[٩] في ذلك صلاحاً.

---

(١) قوله: (بها) سقط من (ث).

(٢) في (ب): (تزد).

(٣) في (ح): (انقضى)، وفي (ث): (وقضى).

(٤) في (ب): (المال).

(٥) في (ح)، (ث): (صبرت).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٥.

(٧) قوله: (لها) سقط من (ب).

(٨) في (ح): (تعاض استمتاعه)، وفي (ث): (وتعوض استمتاعه).

(٩) في (ح): (متاركتهما).

فصل
[في استحقاق الصداق في النكاح الفاسد]

النكاح الفاسد كالصحيح[1] فيما يستحق به الصداق من الخلوة والدَّعوى، إن ادعت ذلك، وأنكره[2] أو ادعى الإصابة وأنكرته، وكذلك إن كان العقد صحيحاً والإصابة فاسدة؛ أصابها وهي حائض، أو صائمة في رمضان، أو معتكفة، أو محرمة، أو ادعت أنه أصابها في ذلك وأنكرها، فقال في المدونة: القول قولها إذا كانت خلوة/ بناء[3]. يريد: إذا كان ممن يُشبهه ذلك، وأما الرجل الصالح والمعروف بالخير فلا تصدق عليه في نهار رمضان ولا في الحيض إن اعترفت أنه علم بحيضتها قبل ذلك؛ لأنها ادعت ما لا يشبه، وإن كانت خلوة زيارة كان أبعد، إلا أن تكون بكراً ويُرى أثر الافتضاض؛ فتصدّق من غير مراعاة لحال الرجل ولا لصفة الخلوة.

(ب) ٣٠٥/ب

فصل
[في الوطء الذي يجب به الصداق]

الصداق يُستحق بالوطء في القُبُل، واختلف إذا كانت الإصابة في الدُّبُر، هل تستحق به الصداق[4]؟ وفيه نظر، وهو في البكر أبعد؛ لأن البكر يزاد في صداقها لمكان البكارة، فالقول قوله أنه لم يرض بذلك عوضاً عما بذل له من[5]

---

(١) في (ث): (كالنكاح الصحيح).
(٢) قوله: (وأنكره) سقط من (ب).
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٠.
(٤) قوله: (تستحق به الصداق) في (ث): (يستحق صداق).
(٥) قوله: (من) زيادة من(ب).

الصداق، ولا يقع به إحلال ولا إحصان، ولا يملك به رجعة، وإن أصابها بأصبعه وكانت ثيباً لم تستحق به صداقاً.

واختلف في البكر يُذهب عذرتها بأصبعه، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: يكمل لها الصداق؛ لأنه فعله على وجه الافتضاض، ولها على الأجنبي في ذلك ما شانها، وقال أصبغ في الزوج: عليه ما شانها[(١)]. وهو أحسن؛ لأن فاعل ذلك يفعله سبباً ليتوصل إلى الاستمتاع عند العجز ليس أن يحسب[(٢)] به إصابة، إلا أن يرى أنها لا تتزوج بعد ذلك إلا بما تتزوج به الثيب، فيكمل لها الصداق.

واختلف في المجبوب والحصور وما أشبه ذلك ممن لا يصل إلى الجماع، فقال المغيرة: إذا طالت المدة استحقت الصداق. وقال[(٣)]: يكمل لها الصداق[(٤)] وإن لم يطل، وهو قياد قول عمر رضي الله عنه: إذا عجز[(٥)]، بل هو في هذا أبين.

فصل
[في اختلاف الزوجين في دفع الصداق]

وإن اختلف الزوجان في دفع الصداق كان القول فيه مبنيّاً على صفة الدخول خاصة دون مراعاة المسيس، فإن كان دخول اهتداء كان القول قول الزوج مع يمينه أنه دفعه، وسواء تصادقَا على المسيس أو على نفيه، ويرجع عليها بنصفه إن لم يمس؛ لأن الشأن ألا تكون تلك الخلوة إلا بعد دفع

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٩.
(٢) في (ح): (يحتسب).
(٣) في (ب): (قيل).
(٤) قوله: (الصداق) سقط من (ب).
(٥) قوله: (إذا عجز) سقط من (ث) وقد تقدم تخريجه، ص: ٢٤٨٦.

الصداق، وإن كانت خلوة[1] زيارة وتصادقا على نفي المسيس، كان القول قولها مع يمينها أنه لم يدفع ذلك إليها، وغرم النصف، فإن نكلت حلف ورجع عليها بالنصف. واختلف إذا تصادقا على المسيس وادعى الدفع، فقال مالك في كتاب محمد: القول قولها مع يمينها وتأخذ الجميع؛ وقال أصبغ: القول قول الزوج[2].

والأول أصوب، وليس خلوة الزيارة في هذا كخلوة البناء؛ لأن العادة في خلوة البناء أنها لا تكون إلا بعد دفع الصداق، والعادة في خلوة الزيارة أنها تكون قبل القبض، فلم يقبل قوله.

وإن اختلفا في الدفع والإصابة، فادعى الدفع وادعت الإصابة وهو دخول اهتداء، حلفا جميعاً ولم يرجع أحدهما على الآخر.

وإن كانت خلوة زيارة في بيته كان القول قولها عند مالك في الوجهين جميعاً، أنه أصاب وأنها لم تقبض، وإن كانت عند أهلها كان القول قوله في نفي الإصابة، والقول قولها في الصداق أنَّها لم تقبضه وتأخذ النصف[3].

فصل

[في وجوب العدة]

العدة تجب في ثلاثة مواضع متفق عليها، واختلف في حالين، فتجب في خلوة البناء تصادقا على المسيس أو على نفيه، وفي خلوة الزيارة أيضاً[4] إذا

---

(١) قوله: (خلوة) سقط من (ث).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٨.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢٩، ٢٣٠، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٨.

(٤) قوله: (أيضاً) زيادة من(ث).

تصادقا على المسيس أو اعترفت هي بذلك وأنكر[١].

واختلف إذا كانت خلوة زيارة وتصادقا على نفي المسيس أو ادعى ذلك وأنكرته، فقال مالك وابن القاسم: عليها العدة للخلوة[٢]، وقال مطرف وعبد الملك في ثمانية أبي زيد: لا عدة عليها. وهو أبين؛ لأن الخلوة لم تكن ليصيب، وإذا كان ذلك حُمِلا على ما دَخَلا عليه حتى يَظْهَرَ خلافُهُ.

وأرى العدة إذا تصادقا على نفي الإصابة[٣] مستحبة، فإن تزوجت قبل ذلك لم أفسخه، وإن ادعى الإصابة كانت واجبة وإن أنكرت، فإن تزوجت قبل ذلك فسخ؛ لأن دعواه شبهة له، وله حق في النسب إلا أن تكون بكراً وترضى أن ينظر إليها النساء فتوجد قائمة البكارة، فلا عدة عليها.

فصل
[في ثبوت الرَّجْعَة]

الرجعة تثبت إذا كانت الخلوة وتصادقا على الإصابة، وسواء كانت خلوة بناء أو زيارة، واختلف إذا انفرد بدعوى الإصابة، فقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم: لا رجعة له[٤]. وحمل حكم الرجعة على حكم الإحلال ألا[٥] يصح إلا باجتماعهما على الإصابة. وقال محمد: الموضع الذي يقبل فيه قولها في الصداق يقبل قوله في إيجاب العدة والرَّجْعَة وفي دعواه دفع الصداق[٦].

---

(١) انظر: الكافي، لابن عبد البر: ٢/ ٥٥٨.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٠.

(٣) في (ب): (المسيس).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٠.

(٥) في (ث): (لا).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٠.

والظاهر من قول ابن القاسم أنها تصح في خلوة البناء دون خلوة[١] الزيارة، وأن[٢] القول قولها ألا رجعة له في خلوة الزيارة[٣]؛ لأنها لم تدخل على التسليم ولا تثبت الرجعة باتفاقهما[٤] على الإصابة إذا لم تعلم الخلوة من غير قولهما؛ لأنهما يتهمان في الاعتراف بذلك لتصح الرجعة.

والرجعة في النكاح الفاسد على ضربين، فما كان الحكم فيه أنه يفوت بالدخول تثبت فيه الرجعة كالنكاح الصحيح؛ لأنه بأول الملاقاة يفوت، وما كان[٥]/ لا يفوت بالدخول لا يملك فيه رجعة.

(ب) ٣٠٦/أ

واختلف إذا كان النكاح صحيحاً والإصابة فاسدة مثل أن يصيبها حائضاً أو محرمة أو في نهار رمضان، فقال ابن القاسم في العتبية: لا رجعة له[٦]، وعلى قول المغيرة و[٧] عبد الملك له الرجعة؛ لأنه عنده وطء يحل ويحصن[٨]. وقد تقدم ذكر الإحلال في كتاب النكاح الثالث.

---

(١) قوله: (خلوة) سقط من (ث).

(٢) قوله: (أن) سقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٢.

(٤) في (ث): (بإيقافهما)، وفي (ح): (إلا باتفاقهما).

(٥) قوله: (كان) سقط من (ب).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٧٧، والمدونة: ٢/ ٢٣٠.

(٧) قوله: (المغيرة و) ساقط من (ب)، و(ث).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٤.

فصل

[في دعوى المرأة الغصب]

وإن ادعت امرأة على رجل الغصب، فإنها لا تخلو[١] من خمسة أوجه: إما أن تَشْهَد بينةٌ بمعاينة الوطء، أو على اعتراف الغاصب بذلك، أو على اغتصابه لها وغيبته عليها[٢]، أو تأتي متعلقة به تدمي[٣] وتدعي أنه أصابها، أو تدعي ذلك عن يوم فرط.

فإن كانت الشهادة على معاينة الوطء لم تستحق الصداق بأقل من شهادة[٤] أربعة؛ لأنها شهادة على زنا، فإن كان دون ذلك كانوا قذفة، وسقطت شهادتهم ورجع إلى دعواها وهل هي متعلقة به ولا يسقط دعواها لأجل سقوط الشهادة، بل هي زيادة في قوة دعواها[٥].

وإن كانت الشهادة على إقراره جاز في ذلك شهادة رجلين، وهو قول ابن القاسم في كتاب محمد[٦]؛ لأن الشهادة - وإن لم تتم في إقامة الحد عليه في أحد القولين- فإن الصحيح أن العدالة قائمة؛ لأنهما لم يشهدا على معاينة، وإذا لم تسقط العدالة قضي بها في المال.

وإن شهد واحد على اعترافه حلفت واستحقت وفيه اختلاف، وهو بمنزلة شاهد على السرقة، فإن الشهادة تتضمن مالاً واحداً، فيحلف المسروق منه ويستحق المال ويسقط الحدُّ.

---

(١) قوله: (فإنها لا تخلو) في (ب): (فإنه لا يخلو).

(٢) قوله: (وغيبته عليها) سقط من (ث).

(٣) قوله: (تدمي) زيادة من(ب).

(٤) قوله: (شهادة) سقط من (ب).

(٥) النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٢، والبيان والتحصيل: ١٦/ ٣١١.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٢.

وإن شهد شاهدان[١] على معاينة غيبته عليها على وجه الغصب؛ كان القول قولها في الإصابة، واختلف في يمينها وألا تحلف أحسن إلا أن تكون بكراً، فينظر إليها النساء.

وإن لم تكن بينة وأتت متعلقة به[٢]، فإنه يعتبر في ذلك ثلاثة أحوال[٣]: حال الرجل هل يشبهه ذلك؟ وحال المرأة هل هي من أشراف الناس أو دنيئة؟ والثالث: هل هي بكر أو ثيب؟ والجواب على هذه الحالات[٤] ينقسم إلى ثلاثة أقسام: فحالة تستحق الصداق ولا تُحَدُّ[٥] لقذف الرجل، وحالة لا تستحق صداقاً ولا تُحَدُّ لقذفه، وحالة لا تستحق صداقاً وتُحَدُّ له، وكيف تصرف الحال فيهما[٦] فإن حدَّ الزِّنا ساقط عنهما[٧]، وإنما يتردد الأمر في الصداق وحدِّ القذف، فإن ادعت ذلك على من يعرف بمثل ذلك أو يشبهه وإن لم يعرف به، سقط الحدُّ عنها لقذفه، واختلف في الصداق؛ فإن ادعته على من لا يشبهه لصلاحه ودينه لم يكن لها صداق، واختلف في حدها لقذفه.

فأمَّا الصداق فإن ادعت الغصب على من هو معروف[٨] بذلك أو[٩]

---

(١) في (ث): (شاهد).

(٢) قوله: (به) سقط من (ب).

(٣) في (ح): (أوجه)، ومكانها بياض في (ث).

(٤) قوله: (على هذه الحالات) سقط من (ث).

(٥) قوله: (ولا تُحَدُّ) في (ح): (تحد).

(٦) قوله: (تصرف الحال فيهما) في (ب): (تصرفت الحال فيها).

(٧) في (ب): (عنها).

(٨) قوله: (معروف) سقط من (ث).

(٩) في (ب): (وتعلقت).

تعلقت به، ففيه أربعة أقوال: فقال مالك[١] في المدونة: ينظر في ذلك السلطان ولم يوجب شيئاً ولا أسقطه[٢]. وقال في كتاب محمد: لها صداق المثل ولا يمين عليها بكراً كانت أو ثيباً؛ وقال أشهب وعبد الملك: لها الصداق بعد اليمين. وقال ابن القاسم: لا صداق لها وإن أتت تدمَى ويؤدب الرجل أدباً موجعاً، وذكر عن مالك مثله[٣].

وأرى إن كانت ممن لها القدر، وكانت بكراً وأتت تدمي، أن تأخذ ذلك بغير يمين، وإن كانت ثيباً أو بكراً لا قدر لها أخذته بيمين، وإن كانت ثيباً لا قدر لها ولا يعرها ذلك أن لا شيء لها، ويحلف المدعى عليه.

واختلف إذا نظر إليها النساء فقلن: هي عذراء، فقال أشهب: لا شيء لها[٤]، وهذا مثل[٥] أحد قولي مالك في الزوجة إذا أرخى الستر وادعت المسيس وهي بكر أنه ينظر إليها النساء[٦] فيعمل على ما يقوله النساء. وقال أصبغ: لا يُرجَعُ إلى قولهن[٧]. والأول أحسن؛ لأنه قد تبين كذبها بشهادة من يرجع إلى قولهن في أمور الفرج، ولأنها تتهم أن تلطخ نفسها بدم تستحق الصداق به وتلطخ من لا يشبهه ذلك، وقد يحملها على الدعوى من يريد أذى المدعى عليه إذا كانت لا قدر لها، وكذلك إذا تبين أنها ليست بحديثة الاقتضاض وأتت تدمى.

---

(١) قوله: (مالك) زيادة من(ب).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٤.

(٣) النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٢.

(٤) النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٦١.

(٥) قوله: (مثل) سقط من (ح).

(٦) قوله: (النساء) زيادة من(ح).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٦١.

واختلف في حدها إذا ادعت ذلك على الرجل الصالح على ثلاثة أقوال: فقال عبد الملك في كتاب ابن حبيب[1]: لا تُحَدُّ لما بلغت من فضيحة نفسها، وقال مالك وابن القاسم في كتاب محمد: تُحَدُّ. وقال أصبغ: إن جاءت تدمي لم تُحَدَّ، وفرَّق بين البكر والثيب[2]. وهذا أحسن إذا كانت ذات قدر؛ لأنه قام لها دليلان: بضعها[3] وشاهد الدم، وقام له هو دليل بحاله فتقابلت الأدلة، فدليلاها يسقطان الحدَّ ودليله يسقط الصداق.

وفي الثيب إشكال، وأرى إن كانت معروفة بالخير، ألا تُحَدَّ وإن كانت لا قدر لها ولا يعرها ذلك حدت، ولو كان الرجل ممن برز بالفضل والخير لحدت على أي حالة كانت من الموضع والقدر، فلو ادعت ذلك على مثل أبان أو سفيان الثوري لحُدَّت.

(ب) ٣٠٦/ب

وإذا شهدت البينة على/ مُعاينة الإصابة ولم تتم الشهادة لنَقصِهم عن الأربع أو[4] كانت متعلقة به وقضي لها بالصداق، لم تُحَدَّ وإن كان ممن لا يشبهه ذلك؛ لأن الشهادة شبهة لها ما لم يكن ممن[5] برز في الفضل حسبما تقدم، فلا صداق لها، ولها شبهة في سقوط الحدِّ إذا كانت من أهل الخير.

---

(١) قوله: (في كتاب ابن حبيب) سقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٢، ١٤/ ٢٦١.

(٣) في (ح)، و(ث): (موضعها).

(٤) قوله: (أو) سقط من (ح).

(٥) قوله: (ممن) سقط من (ب).

فصل

[فيما إذا ظهر حمل قبل دعوى الغصب أو بعدها]

وإن أتت متعلقة برجل ثم ظهر بها حمل لأمر يشبه أن يكون عن تلك الدعوى- لم تحدَّ، وإن كان متقدماً عن تلك الدعوى حُدَّت حَدَّ الزنا وحَدَّ القذف إن لم تكن حدت له، وقال ابن وهب وغيره: إن لم تكن ذكرت الغصب إلا بعد ظهور الحمل حدت حَدَّ الزنا(١).

وأرى ألا تحدَّ؛ لأنها قد تريد ستراً ولا تفضح نفسها، وترجو السلامة من الحمل فإذا ظهر ذكرت سببه، فإذا ادعت مثل هذا من إرادة الستر كانت شبهة تسقط الحد؛ لقول النبي ﷺ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»(٢). وقال غير واحد من أهل العلم: قول عمر رضي الله عنه في إقامة الحدِّ بالحمل، أن ذلك إذا لم تدَّعِ الاستكراه، فإن ادعت الاستكراه لم تحدَّ لما روي عنه أن امرأة ظهر بها حمل فادعت أنها استكرهت، وقالت: كنت نائمة فما أيقظني إلا ورجل قد ركبني؛ فأمر أن ترفع إليه إلى(٣) الموسم وناس من قومها، فسألها، فأخبرته، وسأل أهلها عنها(٤) فأثنوا عليها خيراً، فما رأى عليها شيئاً وكساها وأوصى بها قومها خيراً(٥).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٦٠.

(٢) سبق تخريجه في كتاب النكاح الثالث، ص: ٢٠٩١.

(٣) قوله: (ترفع إليه إلى) في (ث): (تروح إليه).

(٤) قوله: (عنها) زيادة من(ب).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩/ ٥٦٩) عن النزال بن سبرة.




باب
في الرجعة، وبماذا تصح؟

الطلاق الرَّجْعِي: ما أُوقع بعد الدخول، ولم يكن معه فداء، ولم يستكمل في عددِهِ الثلاثَ إن كان الزوج حرّاً، أو الاثنين إن كان عبداً، فإن انخرم أحدُ هذه الشروط الثلاثة لم يكن رجعياً، والرجعة تصح مع بقاء العدة بأربع: بالنية والقول: راجعتك، أو ما يقوم مقامه، وبالنية والفعل؛ الوطء أو ما يكون من دواعيه؛ كالقبلة والمباشرة والملامسة، وأن تكون النية مقارنة للقول أو الفعل، فإن انفردت النية ولم يكن معها قول ولا فعل، أو عري القول أو الفعل من النية، كانت مسألة خلاف؛ فيختلف في الرجعة بالنية من غير نطق، قياساً على الطلاق وعقد اليمين بالنية من غير نطق. وقد اختلف قول مالك في ذلك، وقول محمد: ألا تصح رجعة[1] بالنية[2]، فمبني على القول بمنع وقوع الطلاق بالنية.

واختلف في القول والفعل بغير نية، فقال أشهب في كتاب محمد: ليستا برجعة[3]، وفرق في المدونة بين الوطء والقول، فأسقط ذلك في الوطء إذا كان بغير نية، وألزمه في القول إذا قال[4] راجعتك، ثم قال: كنت لاعباً. ولا بينة على قوله راجعتك، فهي رجعة[5]، وهذا مبني على أحد قولي مالك أن هزل النكاح كجِده[6]، وعلى رواية علي بن زياد عنه أن النكاح لا يلزم[7]، لا تصح

---

(١) قوله: (رجعة) سقط من (ح).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٣.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٤.
(٤) قوله: (إذا قال) في (ح): (قدر).
(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٢.
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٢.
(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٣.

رجعته، وكذلك إذا خرج ذلك[١] القول على سبق اللسان بغير نية، فهو على الخلاف في الطلاق بمجرد اللفظ بغير نية. وجعل الليث وابن وهب الوطء بغير نية رجعة، والقول أن لا رجعة في الوجهين جميعاً أحسن، ولا عمل ولا قول إلا بنية.

وإذا لم تصح الرجعة بمجرد النية، ثم أصاب بعد ذلك بغير نية، لم تصح الرجعة أيضاً إذا بعُد ما بين النية والفعل أو القول؛ إلا أن يُحدث نية عند الإصابة. وقال محمد: إن نوى الرجعة ثم قَبَّل أو باشر أو ضَمَّ، فإن فعل ذلك لمكان ما نوى؛ فهي رجعة[٢]. يريد ذلك[٣] أصاب ساهياً عن الطلاق المتقدم لم يكن وطؤه رجعة إذا لم تقارنه نية، وقد اختلف في النية للطهارة هل من شرطها مقارنة الفعل أم لا[٤] وإن قال: كنت راجعتك أمس صُدِّق إن كانت في العدة، وإن خرجت من العدة لم يُصَدَّق.

وقال مالك: وإن قال لها وهي في العدة: إذا كان غداً فقد راجعتك؛ لم تكن له[٥] رجعة[٦]، وقوله هذا محتمل أن يكون رأى أن الرَّجعة إلى أجل كالنكاح إلى أجل، أو أن الرجعة تفتقر إلى نية مقارنة للفعل، وقد قدم هذا النية اليوم لما ينعقد غداً. والوجه الأول أبين؛ لأن الطلاق وإن كان يفتقر إلى نية فقد أجمعوا فيمن قال: أنت طالق إن دخلت الدار، فدخلت بعد سنة من قوله لزم

---

(١) قوله: (ذلك) سقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٤.

(٣) قوله: (ذلك) زيادة من(ب).

(٤) قوله: (أم لا) زيادة من(ح).

(٥) قوله: (له) زيادة من(ح).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٣.

الطلاق، وإذا كانت هذه رجعة فاسدة على قوله ثم لم يُحدث رجعة ولا أصاب حتى خرجت من العدة، بانت. وإن أصاب في العدة وهو يرى أن تلك الرجعة، كان وطؤه رجعة؛ لأنه وإن كان الارتجاع الأول فاسداً، فإن حقه في الرجعة قائم، وإصابته وهو يرى أنه مرتجع رجعة محدثة.

فصل

[في الرجعة في مدة تنقضي في مثلها العدة]

وإذا مضى للطلاق مدة تنقضي في مثلها[1] العدة، ولم يدر هل هي في العدة أم لا، فقال لها: قد راجعتك، فإن صمتت كانت[2] رجعة، وإن أنكرت وقالت: قد انقضت عدتي، صُدِّقت، وإن صمتت ثم أنكرت، أو أنكرت ثم قالت: كذبت / ولم تنقضِ عدتي؛ لم تصدق فيها رجعت إليه، وإن قال الزوج بعد انقضاء العدة: كنت[3] راجعتك في العدة لم يصدق، وسواء صدقته الزوجة أو أكذبته إلا أن يكون له دليل على قوله بأن تشهد بينة بأنه كان يقول في العدة: أصبتها أو قَبَّلت أو ضاجعت فيصدق الآن أنه أراد الرجعة، وكذلك إن شهدت البينة أنه كان يبيت عندها. قال محمد: يبيت عندها في بيت[4].

(ب) ٣٠٧/أ

قال ابن القاسم في كتاب المدنيين: وسواء مس أو لم يمس؛ فإنه يصدق أنه كان نوى الرَّجعة.

ورأى أن هذه الحال التي تقدمت شبهة، فلا يمنع منها، وتباح لغيره

---

(١) قوله: (في مثلها) في (ح): (فيها).

(٢) قوله: (كانت) سقط من (ح).

(٣) قوله: (كنت) سقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٢، و٢٣٣، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٤.

بالشك. وإذا لم يأتِ بدليل ولا شبهة، سئلت الزوجة عن قوله أنه كان أصاب أو ارتجع، فإن أنكرت حلت للأزواج، وإن اعترفت لم تحل لغيره لاعترافها أن عصمة الأول باقية عليها، ويجبر على النفقة عليها إلا أن يطلق.

واختلف إذا أجرى النفقة، وقامت بالطلاق لعدم الوطء، فالمعروف من المذهب أن لا مقال لها؛ لأنه لم يقصد ضرراً، والأحكام منعته، والقول الآخر أن ذلك لها قياساً على أحد قولي مالك فيمن قُطِع ذَكَرُهُ بعد الدخول[1] والطلاق على المرتجع أبين؛ لأنه لا منفعة له فيها إذا حيل بينه وبينها، ومن قطع ذَكَرُه له فيها مُستمتَع بغير الإصابة، وإن أحب الزوج أن يعطيها ربع دينار، ويحضر الولي، جاز وله جبرها على ذلك.

وإن كانت أمة واعترف سيدها بارتجاع الزوج بعد انقضاء العدة لم يصدق السيد[2]، ولم يملك الزوج الرجعة. قال أشهب في كتاب محمد: إلا أن يحب الزوج أن يدفع ثلاثة دراهم، فتكون امرأته وإن كره السيد؛ لأنه اعترف أنها امرأته[3]. يريد؛ ويجبر السيد على أن يعقد نكاحها منه.

فصل

[في صحة الرجعة]

الرجعة تصح في النكاح الصحيح والإصابة الصحيحة إذا كان الطلاق بالطوع من الزوج، ليس بحكم أوجب ذلك عليه، وكذلك إذا كان فاسداً مما الحكم أنه يفوت بالدخول فطلق بعد أن دخل، فإن كان مما يفسخ بعد الدخول

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٤٨.

(٢) في (ح): (الزوج).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٤.

فطلق قبل أن يدخل أو بعد وقبل أن يفسخ؛ لم تكن فيه رجعة.

واختلف إذا كان النكاح صحيحاً، والإصابة فاسدة؛ كالذي يصيب في الحيض، أو في صوم رمضان، أو وهو محرم، أو وهي محرمة، ثم طلق فقال ابن القاسم في العتبية فيمن وطئ وهي حائض، ثم طلق بعد أن طهرت: لا رجعة له، قال: وهو بمنزلة من طلق قبل أن يبني؛ لأن ذلك الوطء ليس بوطء[1]، ولا يقع به عنده إحلال ولا إحصان. وقال ابن الماجشون: يحل ويحصن[2] فجعله كالحلال[3]؛ فعلى هذا يملك فيه الرجعة، وإن أصابها في صوم تطوع أو في اعتكاف غير منذور، أو منذور في الذمة، كانت له الرجعة؛ لأن ذلك الصوم والاعتكاف قد بطل بأول الملاقاة، ولا يجب إمساك بقيته، فكان تماديه بمنزلة من ليس في صوم ولا اعتكاف.

وإذا كان الطلاق بحكم لعدم النفقة، أو لعيب به؛ جنون أو جذام أو برص، فأيسر أو ذهب العيب في العدة، كانت له الرجعة، وإن لم يذهب السبب الذي طُلِّق عليه به لم تكن له الرجعة إذا لم ترض الزوجة.

ويختلف إذا رضيت هل تصح الرجعة؟ وكذلك المؤلي يُطَلَّق عليه بالإيلاء، فلا تصح رجعته إلا بالإصابة[4]؛ لأنه السبب الذي طُلِّق عليه من أجله. واختلف إذا رضيت بالرجعة ولم يصب، فقال سحنون في السليمانية في المولي وعادم النفقة: لا تصح رجعتها وإن رضيت.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٧٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٣٣.

(٣) في (ح): (كالإحلال).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٥٠.

ولا تهدم عدة ثبتت بطلاق لمعنى؛ إلا بزوال ذلك[١] المعنى الذي طلقت له. وقال ابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: فيمن حلف بطلاق امرأته البتة ألا يصيبها سَنَةً، فقامت بحقها فطلق عليه بالإيلاء، فله أن يرتجعها. قالوا: لأن لها أن تقيم معه بغير وطء إلى انقضاء السنة[٢]. فأجازوا رجعته إذا رضيت بترك الإصابة، وإن لم يرتفع السبب الذي كان الطلاق لأجله، وهو أحسن؛ لأن الطلاق كان[٣] لحق آدمي في عدم النفقة وعدم الوطء ووجود العيب، فإذا رضيت بالرجعة مع وجود الأسباب التي كان الطلاق عنها صحت؛ لأنه حقها أولاً وأخيراً، ومثله إذا حلف بالطلاق ألا يصيبها حتى يحج أو يفعل فعلاً لا يمكنه[٤] البِرُّ فيه عند قيامها، فطلق عليه بالإيلاء، ثم ارتجع، فإن رجعته موقوفة على بِرِّه، فيفعل ما حلف عليه في العدة؛ فإن لم يبر لم تصح رجعته، ولم يمكن من الإصابة لعدم الوجه الذي يصح به فيئته[٥]، وهو فعل ما حلف عليه ليفعلنه، فإن رضيت برجعته صحت على ما ذكره ابن حبيب ولم تصح على قول سحنون.

ولم يختلف المذهب في الزوج يطلق زوجته اختياراً ثم يرتجعها ولا يصيبها حتى تخرج من العدة أن رجعته صحيحة، وأن ليس من شرط الرجعة الإصابة في العدة[٦].

---

(١) قوله: (ذلك) زيادة من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٧، ولفظه فيها: (قلت: أرأيت إن قال: والله لا ألتقي أنا وأنت سنة. أيكون هذا مولياً في قول مالك أم لا؟ قال: سمعت مالكاً يقول: كل يمين لا يقدر صاحبها على الجماع لمكانها فهو مولٍ، فإن كان هذا لا يقدر على الجماع لمكان يمينه هذه فهو مولٍ).

(٣) قوله: (كان) سقط من (ح).

(٤) في (ح): (يملكه).

(٥) قوله: (فيئته) سقط من (ث).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٢.

فصل
[في صحة رجعة المحرم والمريض والعبد]

تصح الرجعة ممن لا يجوز له عقد النكاح كالمحرم[١]، والمريض، والعبد[٢]؛ فإذا تزوج المحرم قبل إحرامه، ثم طلق / في حال الإحرام، أو تزوج الآخر في الصحة، وطلق في المرض، جاز لهما أن يرتجعا في حال الإحرام والمرض، وكذلك العبد يتزوج بإذن سيده له أن يرتجع[٣]؛ وإن لم يأذن له سيده[٤].

(ب) ٣٠٧/ب

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٥٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٣.

(٣) في (ب): (يرتجعها).

(٤) قوله: (سيده) زيادة من(ب).



باب
في المعتدة تدعي انقضاء العدة أو تأخيرها

النساء في انقضاء العدة أو تأخيرها على الأمانة والتصديق ما لم يتبين كذبهنَّ، أو يأتين في ذلك بما لا يشبه، وهذا في فصلين من العِدَد؛ الحيض، والحمل[(١)]. فأما مَن عِدتها بالشهور أو بالسنة، فهنَّ والرجال في معرفة انقضاء العدة سواء، فإن كانت عدتها بالحيض فادعت انقضاءها في مدة تنقضي فيه الأقراء الثلاثة في غالب النساء صدقت، وسقط حق الزوج في الرجعة، وحلت للأزواج، وإن كانت مدة قريبة لا تنقضي فيها العدة بحال لم تصدق، ومنعت من الأزواج؛ صدقها الزوج أو كذبها.

واختلف إذا كانت مدة تنقضي فيها العدة للنادر والقليل من النساء هل تصدق؟ فقال مالك في المدونة: إذا قالت حضت ثلاث حيض في شهر، سئل النساء فإن كن يحضن ويطهرن كذلك، صدقت[(٢)].

وقال في كتاب محمد: لا تصدق في شهر، وقال أيضاً: لا تصدق في شهر ونصف، وما أراها إلا عجلت، ومن أقل حيض النساء أن تقيم خمساً، وإنما تقيم هذه طاهرة عشراً حتى تحيض[(٣)].

فصدَّقها في القول الأول، وإن ادَّعت ما يكون نادراً؛ لأن الأصل أنهن على الأمانة، ولم تدع ما يقطع بكذبها فيه، ولم يصدقها في القول الآخر؛ لأنَّ الأحكام إنما تتعلق بما يكون غالباً دون النادر مع ما يتعلق بالزوجة من التهمة

---

(١) في (ث): (الحبل).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤١، ٤٢.

إذا كرهت الزوج، فتقصد الفرار بذلك، أو تعلم بأن رجلاً تعرَّض لنكاحها ورغبت فيه، وقد يرد قول العدل إذا عارض قوله تهمة.

وأرى أن تسأل هذه المرأة هل طلقت في أول الطهر أو في آخره ؟ فإن قالت: كان الطلاق في آخر الطهر، واليوم رأيت الدم، كان ذلك أقرب لقبول قولها، وتُسأل أيضاً إذا ادَّعت النادر من عادات النساء هل ذلك عادتها قبل الطلاق أو كانت على الغالب من عادات النساء؟ فإن اعترفت أنها كانت على الغالب من[1] عادات النساء، ثم انتقلت بعد الطلاق إلى النادر، لم تصدق.

وإن ادعت أن هذه كانت عادتها قبلُ، وصدقها الزوج، صدقت ولم تمنع من الأزواج. وإن قال: بل كانت عادتك على الغالب من النساء فذلك أشكل. وأرى أن تمنع من الأزواج.

فصل
[في دعوى الزوجة تأخر حيضها بعد الطلاق]

وإن ادعت أن حيضها تأخر، وقالت: لم أرَ بعد الطلاق دماً، كان قولها على ثلاثة[2] أوجه[3]: فتصدق إن لم يكن سمع منها قبل ذلك شيء إن كان زوجها حيّاً ولها النفقة وله الرجعة، وتصدق إن ادعت ذلك بعد موته إن كانت مرضعاً أو مريضة[4].

واختلف إذا كانت صحيحة غير مرضع، فقال مالك في كتاب محمد في

---

(١) قوله: (الغالب من) زيادة من(ح).

(٢) في (ح): (ثمانية).

(٣) في (ب): (أقسام).

(٤) النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨، وما بعدها.

المطلقة تقيم سنة، ثم يموت زوجها، فتقول: لم أحض إلا حيضة: لم تصدق إن لم تكن ذكرت ذلك، وكانت غير مرضع[١].

وقال ابن مزين: تصدق إذا ادعت تأخير حيضتها بعد الفطام بسنة، وتحلف بالله ما حاضت ثلاث حيض، ولا تصدق إن كانت عادتها[٢] قبل الطلاق على الغالب من عادة النساء، فادعت بعد الطلاق أن عادتها[٣] انتقلت وصارت من سنة إلى سنة، فإن كان الطلاق بائناً صدقت؛ لأنها معترفة[٤] على نفسها في موضع لا تهمة عليها فيه، وإن كان الطلاق رجعيّاً وصدقها الزوج كانت لها النفقة، ولم أمكنه من الرجعة.

ويختلف إذا كذبها هل تصدق لأنها تتهم في بقاء النفقة ورجاء الرجعة؟ وإذا لم تصدق في أحد قولي مالك في انتقال العدة إلى النادر في القرب، لم تصدق في انتقالها إلى النادر في البعد، وليس كذلك إذا قالت: لم أرَ حيضاً؛ لأن ذلك يمكن أن يكون لحمل، ولهذا كانت العدة إلى أن يمضي من الأمر ما يظهر فيه الحمل ولم يظهر.

فصل

[في هل يرث الزوج زوجته بعد انقضاء عدتها المعتادة؟]

ويختلف إذا ماتت الزوجة[٥] بعد مضي أمد عدتها المعتادة، هل يحمل على أنها كانت في العدة فيرثها زوجها؟ فقال مالك في كتاب المدنيين: إن ماتت بعد

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٢.

(٢) في (ب): (عدتها).

(٣) قوله: (قبل الطلاق على الغالب من عادة النساء، فادعت بعد الطلاق أن عادتها) سقط من (ث).

(٤) في (ب): (مقرة).

(٥) في (ح): (مات الزوج).

ثلاثة أشهر فادعى الزوج أنها كانت حاملاً فإنه يرثها، والبينة على من يريد أن يمنعه الميراث، وأنها لم تكن حاملاً، أو وضعت، أو أنها حاضت ثلاث حيض[١]، أو أسقطت؛ إلا أن تكون اعتدت في منزله ثم تحولت إلى أهلها لانقضاء عدتها وذكرت ذلك؛ فلا ميراث له منها.

وقال في كتاب الاستبراء فيمن باع أمة بالبراءة من الحمل، وهو مقر بالوطء، ولم يستبرئ، فمضى لها بعد البيع قدر حيضة، قال محمد: وذلك قدر شهر انتقل الضمانُ، وكانت المصيبة من المشتري[٢]، فنقل الضمان وإن لم يعلم هل رأت دماً أم لا؟ بل لو قال المشتري: لم تحض عنده لم يصدق. فعلى هذا يحمل أمر المعتدة[٣] إذا مضى قدر العدة على أنها رأت الأقراء، وبانت ولم يرثها.

وإن اختلف قولها فقالت: انقضت عدتي، في مدة تصدق[٤] في مثلها، ثم قالت: كذبت ولم تنقض، لم تصدق ولم يكن لها نفقة إن كان الطلاق رجعيّاً، ولا ميراث إن مات الزوج إلا أن يتبين صدقها[٥]، فإن قالت: أنا حامل، نظر إليها النساء فإن تحقق الحمل بالظهور أو بالحركة، كان لها النفقة في الحياة والميراث بعد الموت[٦]، وإن قالت / أولاً: لم أرَ دماً من يوم طلقتني. ثم قالت: كذبت، وقد انقضت عدتي، كان الزوج بالخيار إن شاء صدقها في قولها أخيراً[٧]، ولم يكن عليه نفقة، ومنعت من الأزواج؛ لأن العدة يتعلق بها حق

(ب) ٣٠٨/أ

---

(١) قوله: (ثلاث حيض) سقط من (ث).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠.

(٣) في (ث) و(ح): (المعتادة).

(٤) في (ث): (لم يصدق).

(٥) في (ح): (كذبها).

(٦) في (ح): (الوفاة).

(٧) قوله: (أخيراً) سقط من (ب).

للزوج وحق لله، ورضَا الزوج لا يسقط حق الله تعالى في ذلك. وإن كذبها وأخذ بقولها في الأول؛ كانت له الرجعة وعليه النفقة.

قال أشهب في المدونة: له الرجعة إلا أن يمضي من ذلك اليوم ما تحيض فيه ثلاث حيض[١].

والجواب فيها على ثلاثة أوجه: فإن تمادت على قولها الآخر: كنت حضت ولم أحض بعد ذلك إلى الآن، كانت عدتها بالسنة من يوم الطلاق كالمرتابة، ولزوجها عليها الرجعة؛ لأنها تصدق في قولها الأول لم أحض. ويسقط قولها كنت حضت؛ لأنها تبين كذبها فيه، وتصدق في قولها بعد ذلك لم أحض إلى الآن، فصارت بمنزلة امرأة قالت: لم أحض من يوم الطلاق إلى الآن.

وإن قالت: حضت بعد قولي الثاني ثلاث حيض- وذلك في مدة يحيض فيها غالب النساء- صُدقت، وإن كانت مدة لنادر من النساء لم تصدق؛ لأنها خرجت من الأمانة التي جعلت للنساء بما تبين من[٢] كذبها أولاً وردت إلى الغالب، ولا تمنع هذه إلى تمام السنة كما منعت التي قالت: لم أحض[٣]. لأن هذه مصدقة في قولها رأيت الدم، غير مُصدقة في تقريبه، وتلك قالت: لم أرَ دماً غير الأول الذي اختلف قولها فيه.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٥.

(٢) قوله: (من) سقط من (ح).

(٣) المدونة: ٢/ ٢٣٧.

فصل
[في معنى الأقراء]

الأقراء عند مالك: الأطهار[١]، وليس من شرط الطهر أن يوقع الطلاق في أوله، فإن طلق في أخراه ولم يبق منه إلا ساعة، ثم رأت الدم أجزأ. ومن شرط الطهر الآخر الاستكمال، ولا يجتزأ[٢] بأوله، ولا يمضي معظمه حتى تستكمله، فتدخل في الدم.

واختلف إذا دخلت في الدم الثالث، فقال ابن القاسم: تحل بنفس الدخول فيه، وليس عليها التماس تماديه، وقال أشهب: أستحب ألا تعجل بالتزويج حتى يتمادى الدم؛ لأن المرأة ربما رأت الدم الساعة والساعتين، ثم ينقطع فيكون عليها الرجوع إلى بيتها، ولزوجها عليها[٣] الرجعة حتى تعود إليها حيضة صحيحة[٤].

وروى ابن وهب عن مالك أنها لا تبين إذا رأت الدم حتى تعلم أنها حيضة صحيحة مستقيمة[٥]، وعلى هذا يرثها إن ماتت في أول الدم وقبل أن يعلم أنها حيضة صحيحة مستقيمة[٦]، فحمل ابن القاسم أمرها إذا رأت الدم

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/ ٥٧٨، وما بعدها، والمدونة: ٢/ ٢٣٤، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٤، والإشراف: ٢/ ٧٩١.

(٢) في (ب): (يجزئ).

(٣) قوله: (عليها) زيادة من(ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٤.

(٥) أشار ابن رشد إلى رواية ابن وهب هذه في شرحه على مسألة من سماع ابن القاسم من العتبية، انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٨٤.

(٦) قوله: (صحيحة مستقيمة) سقط من (ث)، وقوله: (مستقيمة) ساقط من (ح).

على الغالب فيه أنه يتمادى وانقطاعه نادر، واستحسن أشهب التربص خيفة انقطاعه، فإن ماتت قبل ذلك حمل أمرها فيه على التمادي، ولم يرثها. فإن مات الزوج[1] لم ترثه إن تمادى، فإن قالت قبل موته باليوم والشيء القريب: كان انقطع الدم عني، وكان موته بأثر قولها ذلك - ورثته.

واختلف الصدر الأول ومن بعدهم في الأقراء، فذكر النحّاس في الناسخ والمنسوخ عن أحد عشر صاحباً؛ أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، ومعاذ، وعبادة، وأبي الدرداء، وأبي موسى الأشعري، وأنس، رضي الله عنهم أجمعين: أنها الحيض[2].

وعن سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وطاوس، وعطاء، والضحاك، وابن سيرين، والشعبي، والحسن، وقتادة، والأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وأبي عبيد، رضي الله عنهم أجمعين، مثل ذلك أنها الحيض، وبه قال من فقهاء الأمصار أبو حنيفة[3].

وعن عائشة رضي الله عنها أنها الأطهار[4]. قال وقد[5]: اختلف فيه عن ابن عمر، وزيد بن ثابت: هل هي الحيض أو الأطهار؟ وعن القاسم، وسالم، وسليمان بن يسار، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبان بن عثمان، ومالك[6]، والشافعي[7]، وأبي ثور: أنها الأطهار.

---

(١) قوله: (مات الزوج) في (ح): (هلك).

(٢) الناسخ والمنسوخ، لأبي جعفر النحاس، ص: ٢١٥.

(٣) الناسخ والمنسوخ، لأبي جعفر النحاس، ص: ٢١٦.

(٤) الموطأ ٢/ ٥٧٦: رقم (١١٩٧)، والناسخ والمنسوخ، للنحاس، ص: ٢١٢.

(٥) قوله: (قال وقد) سقط من (ح).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٤.

(٧) انظر: الأم، للإمام للشافعي: ٥/ ٩٩.

ويجري في كثير من مسائلنا بأن يقال: عدة الحرة ثلاث حيض، والأمة حيضتان؛ لأن عدتها حيضة ونصف؛ على النصف من عدة الحرة، فتكمل حيضة؛ لأن الحيضة لا تنقسم، وهذا القول وإن كان خلاف المشهور من المذهب، فهو أقيس؛ لأن العدة جعلت طلباً لما يدل على براءة الرحم، والذي يدل على البراءة[1] الحيض لا الطهر؛ ألا ترى أنها إن لم تره ما طلبت الدليل بمدة يظهر فيها الحمل، وهي ثلاثة أشهر، فعلم بذلك أن الذي يدل على البراءة الحيض وأنه المطلوب.

ومحمل حديث ابن عمر في قول النبي ﷺ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ[2]، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ[3]، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ سُبْحَانَهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ**»[4]. أي لتعتد بحيض كامل، ولا يصح ذلك إلا أن تطلق في الطهر، ولو طلق في الحيض لم يحتسب به؛ لأنها لا تحتسب ببعض حيضة، ولأن العمدة في البراءة أول الحيض؛ لأنَّ المرأة قد تحمل إن أصيبت في آخره، فلم يكن براءة إلا أن يقع الطلاق في الطهر فتحتسب بالحيضة من أولها.

---

(١) في (ح): (براءة الرحم).

(٢) قوله: (ثُمَّ تَطْهُرَ) سقط من (ح).

(٣) قوله: (بَعْدُ) زيادة من (ب).

(٤) سبق تخريجه في كتاب العدة وطلاق السنة، ص: ٢١٩٠.



باب
ما تَكُونُ المتعةُ فيه من الطلاق، وما تَسْقُطُ فيه

الزوجة تُمَتَّع في الطلاق دون الوفاة؛ لقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾، وقوله: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ الآية، وقوله: ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ.... ﴾ الآية. والمتاع / يصح بشروط؛ وهي: أن يكون الفراق بطلاق عن[1] نكاح صحيح أو فاسد فات وصار أمره إلى ألا يفسخ، وأن يكون الفراق بعد الدخول أو قبل ولم يتراضيا على تسمية، وألا يكون الطلاق برغبة من الزوجة.

(ب) ٣٠٨/ب

ولا متاع لتسْعٍ: للمطلقة قبل الدخول إذا كان قد سمى صداقها، والمختلعة، والمفتدية، والمبارية، والملاعنة، والمعتقة تحت العبد[2] تختار نفسها، والتي ردت بعيب، والتي نكحت نكاحاً فاسداً وحكم بفسخه قبل الدخول أو بعده، والتي نكحت نكاحاً صحيحاً فطرَأ ما يوجب الفسخ دون الطلاق[3].

فلم تكن للمطلقة قبل الدخول - إذا سمى لها صداقاً- متاعٌ؛ لقول الله سبحانه في التي نكحت على تفويض: ﴿ فَمَتِّعُوهُنَّ ﴾. وفي التي سمى لها: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾؛ ولأن المتاع تسلية لوحشة الفراق، فأمر من نكح على تفويض إذا لم يصل إليها شيء يكون فيه عزاء من فراقه بالمتاع، ولم يؤمر به من سمى؛ لأن المبيع باقٍ لها لم يتلف عليها شيئاً، فكان فيما تأخذه من نصف

(١) في (ح): (غير).
(٢) في (ب): (الغير).
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٨، ٢٣٩.

الصداق تسلية لذلك، ولم يكن للمختلعة ولا للمفتدية ولا المبارية متاع؛ لأن الفراق باختيارهن والزوج يقول: هي كرهتني ورغبت بنفسها عني فلا أمتع من جاء الفراق من سببه. وقد تفعل ذلك رغبة في غيره.

وكذلك المعتقة لا متاع لها بل هي أبعد؛ لأن الفراق من قبلها، ولا سبب للزوج فيه، بل هو مُكْرَه على الفراق، ولم تكن متعة فيما حُكم بفسخه لفساده؛ لأن الفراق لم يكن بطوعه، بل هي مصيبة نزلت بالزوجين، وسواء كان فساده مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه؛ لأن الحكم بفساده يرفع الخلاف[1]، وكذلك إذا كان صحيحاً فطرأ ما أوجب الفسخ؛ هي مصيبة نزلت بهما. وقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن اشترى امرأته، أو اشترت زوجَها، أو تزوج أمها ودخل بها وهو لا يعلم: فلا متعة لها[2].

والفسخ يطرأ على النكاح من أربعة أوجه: يسقط في ثلاثة، ويحسن أن يثبت في وجه، فيسقط إذا كان الفسخ لا سبب فيه لواحد من الزوجين، أو كان ذلك من سبب الزوجة خاصة، أو من سبب الزوج، وهو غير عالم أن فِعْلَه يوجب الفسخ، ويثبت إذا كان عالماً أن فعلَه يوجب الفراق، فإن تزوج صغيرة على تفويض فأرضعتها أمه أو أخته أو زوجة له أخرى - لم يكن لها متاع؛ لأنه لا سبب لهما فيه.

ولو كان الرضاع بأمر الزوج رأيتُ لها المتاع؛ لأن الفراق كان[3] بقصْدِ من الزوج، وإن كان سمى لها صداقاً كان لها نصف المسمى، وقد مضى ذكر

---

(١) في (ث): (الاختلاف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٩.

(٣) قوله: (كان) سقط من (ب).

ذلك في كتاب النكاح الثالث[١]؛ إذا تزوج الأم وهو غير عالم أو ارتد أن لها الصداق، وإن اشترت زوجها لم تمتع؛ لأن الفراق جاء[٢] من قبلها وهو كاره، وإن اشتراها لم تمتع؛ لأنها باقية متعة[٣] له، ولو اشترى بعضها متعها.

وروى ابن وهب عن مالك أنه قال: للمخيرة المتعة بخلاف التي تعتق تحت العبد فتختار الفراق، وهذا صحيح لوجهين:

أحدهما: قول الله عزَّ وجلَّ في تخيير النبي ﷺ أزواجه: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

والآخر: أنها قد تختار الفِرَاق وهي كارهة، ولا ترضى بالمقام لما أظهر من اطراحها، وأن عليها في البقاء بعد التخيير ذلة إلا أن تكون هي المبتدئة والطالبة لذلك[٤].

ولم تمتع القائمة بالعيب يحدث بالزوج، ولا بعدم النفقة، ولا بما ينزل بالزوج[٥] من جباب أو خصاء[٦] فتطلق عليه؛ لأن كل ذلك باختيارها، ولو كان الطلاق عن[٧] إيلاء، وهو قادر على الإصابة كان لها المتاع؛ لأن الامتناع منه، وهو مضار قاصد إلى الطلاق.

---

(١) راجع كتاب النكاح الثالث.

(٢) قوله: (جاء) زيادة من (ب).

(٣) قوله: (متعة) سقط من (ب).

(٤) قوله: (لذلك) سقط من (ب).

(٥) قوله: (بالزوج) سقط من (ح).

(٦) قوله: (جباب أو خصاء) في (ب): (جب أو خصى).

(٧) قوله: (الطلاق عن) سقط من (ث).

فصل
[في ثبوت المتعة وإسقاطها، وفي قَدْرِهَا، والقضاء بها]

و إن ارتجع الزوج في العدة لم يكن لها متعة، واختلف إذا لم تمتع حتى بانت ثم تزوجها، فالظاهر من قول ابن وهب وأشهب[1] ألا متعة لها؛ لأنه قال: المتعة عوض من الفرقة[2]، فإذا ارتجع لم يكن عليه شيء، وإن لم يرتجع حتى طالت المدة أو تزوجت لم تسقط المتعة.

واختلف إذا ماتت، فقال ابن القاسم: لها المتعة وتدفع إلى ورثتها. وقال أصبغ: لا متعة لها[3].

والمتعة على قدر الزوجين من اليسارة والحال؛ لقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. وقال ابن عباس: «**أَعْلَاهَا خَادِمٌ، وَأَدْنَاهَا كُسْوَةٌ**»[4]. و«**مَتَّعَ ابْنُ عُمَرَ خَادِماً**»[5]. و«**مَتَّعَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ خَادِماً سَوْدَاءَ**»[6].

---

(١) في (ح): (المذهب وهو قول مالك وأشهب وهو من قول مالك وأشهب وابن وهب).

(٢) في (ب): (الفراق). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٩.

(٤) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه نحوه: ٥/ ١٥٦، في باب ما قالوا في أرفع المتعة وأدناها، من كتاب الطلاق، برقم (١٩٠٤٢)، بلفظ: (أرفع المتعة الخادم، ثم دون ذلك الكسوة، ثم دون ذلك النفقة).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: ٥/ ١٥٦، في باب مَا قَالُوا فِي أَرْفَعِ الْمُتْعَةِ وَأَدْنَاهَا، من كتاب الطلاق، برقم (١٩٠٤١) بلفظ: (عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ مَتَّعَ بِوَلِيدَةٍ).

(٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ٧/ ٧٢، في باب وقت المتعة، من كتاب الطلاق، برقم (١٢٢٥٣)، وابن أبي شيبة في المصنف ٥/ ١٥٦: في باب مَا قَالُوا فِي أَرْفَعِ الْمُتْعَةِ وَأَدْنَاهَا، من كتاب الطلاق، برقم (١٩٠٣٢).

وفعل ذلك عروة بن الزبير[١]، وإنما يراعى ما[٢] فيه تسلية لمثلها من مثله[٣].

واختلف الناس في القضاء بها، فقال مالك: هي من الحق، ولا يقضى بها لقول الله عز وجل: ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ١٨٠] و﴿ عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة: ٢٣٦][٤]. قيل: ولأن الواجبات مقدرة وهذه غير مقدرة، وقيل: هي واجبة ويقضى بها؛ لأنَّ هذين حق. وعلى هذا تقتضي الوجوب، وقول الله سبحانه: ﴿ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ لا يخرجه عن الوجوب، وهو كقوله: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. والمعنى لا شطط، ولا تقصير / .

(ب) ٣٠٩/أ

---

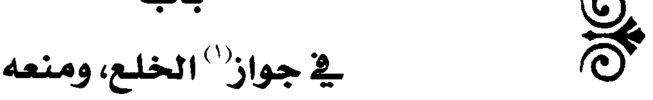
(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ٧/ ٧٤، في باب وقت المتعة، من كتاب الطلاق، برقم (١٢٢٦٢)، وابن أبي شيبة في المصنف ٥/ ١٥٦: في باب مَا قَالُوا فِي أَرْفَعِ الْمُتْعَةِ وَأَدْنَاهَا، من كتاب الطلاق، برقم (١٩٠٣٩).

(٢) في (ث): (وإنما يراد أن)، وفي: (ح): (وإنما يراد ما كان).

(٣) قوله: (من مثله) سقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٩، ٢٤٠.





باب
في جواز[1] الخلع، ومنعه

يجوز للرجل أن يأخذ من زوجته مالاً على أن يطلقها، وعلى أن يمسكها فلا يطلق، والأصل في الأول قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وفي الثاني قوله سبحانه: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ﴾ [النساء: ١٢٨] قالت عائشة رضي الله عنها وغيرها من أهل العلم: «ذَلِكَ فِي الْمَرْأَةِ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ فَتَنْبُو عَيْنُهُ عَنْهَا مِنْ دَمَامَةٍ، أَوْ كِبَرٍ، أَوْ سُوءِ خُلُقٍ فَتكْرَهُ فِرَاقَهُ، فَإِنْ وَضَعَتْ لَهُ شَيْئاً مِنْ صَدَاقِهَا حَلَّ لَهُ»[2].

واختلف في معنى قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٩]. فقيل: «كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ، كَانَ أَوْلِيَاؤُهُ أَحَقَّ بِامْرَأَتِهِ إِنْ شَاءَ بَعْضُهُمْ تَزَوَّجَهَا، وِإِنْ شَاءُوا زَوَّجُوهَا، وِإِنْ شَاءُوا عَضَلُوهَا وَلَمْ يُزَوِّجُوهَا»[3]. وقيل: المعنى: الرجل تكون

---

(١) قوله: (جواز) في (ح): (دخول).

(٢) أخرجه البخاري ٥/ ١٩٩٨: في باب: إن المرأة خافت من بعلها، من كتاب النكاح، برقم: (٤٩١٠)، ومسلم ٤/ ٢٣١٦: من كتاب التفسير، برقم: (٣٠٢١)، كلاهما عن عائشة بلفظ: (تقول هي أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي) أما اللفظ المذكور أعلاه فلم نقف عليه إلا عند البغوي في تفسيره عن علي بن أبي طالب، انظر: تفسير البغوي: ٢/ ٢٩٥.

(٣) انظر: تفسير البغوي: ٢/ ١٨٥، نزلت الآية في أهل المدينة إذ كانوا في الجاهلية وفي أول الإسلام، إذا مات الرجل وله امرأة جاء ابنه من غيرها أو قريبه من عصبته فألقى ثوبه على

له[1] المرأة يكره صحبتها، ولها عليه مهر فيضر بها لتفتدي منه[2][3]، فلا يجوز ذلك إلا أن تأتي بفاحشة مبينة[4]، وهذا أبين لقول الله سبحانه: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ [النساء:١٩]. فالمفهوم من هذا بقاء الزوجية.

واختلف في معنى الفاحشة فقيل: هو[5] الزنا. وقال ابن عباس وغيره: هو النشوز فيحل له منها الفدية. وقال الطبري: ذلك في كل فاحشة من بذاء اللسان على زوجها والإذاية، أو زنا، أو نشوز، فله عضلها والتضييق عليها، حتى تفتدي منه إذا كانت الفاحشة ظاهرة[6].

= ________

تلك المرأة وعلى خبائها، فصار أحق بها من نفسها ومن غيره، فإن شاء تزوجها بغير صداق إلا الصداق الأول الذي أصدقها الميت، وإن شاء زوجها غيره وأخذ صداقها، وإن شاء عضلها ومنعها من الأزواج يضارها لتفتدي منه بما ورثته من الميت، أو تموت هي فيرثها، فإن ذهبت المرأة إلى أهلها قبل أن يلقي عليها ولي زوجها ثوبه فهي أحق بنفسها، فكانوا على هذا حتى توفي أبو قيس بن الأسلت الأنصاري وترك امرأته كبيشة بنت معن الأنصارية، فقام ابن له من غيرها يقال له حصن، وقال مقاتل بن حيان: اسمه قيس بن أبي قيس، فطرح ثوبه عليها فورث نكاحها، ثم تركها ولم ينفق عليها، يضارها لتفتدي منه، فأتت كبيشة رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا قيس توفي وورث نكاحي ابنه فلا هو ينفق علي ولا يدخل بي ولا يخلي سبيلي، فقال: "اقعدي في بيتك حتى يأتي فيك أمر الله"، فأنزل الله تعالى هذه الآية.

(١) قوله: (له) سقط من (ث).

(٢) قوله: (منه) زيادة من(ب).

(٣) انظر: تفسير الطبري: ٨/ ١١١.

(٤) قوله: (مبينة) سقط من (ح).

(٥) قوله: (هو) زيادة من(ب).

(٦) انظر: تفسير الطبري: ٨/ ١١٨.

فصل

[فيما يقع بين الزوجين من سوء العشرة المؤدي إلى الخلع ووجوه ذلك]

لا يخلو الزوجان من أربعة أوجه: إما أن تكون مضرة به، أو يكون مضرّاً بها، أو كلاهما مؤدٍّ لحق صاحبه، أو كلاهما مضرٌّ بالآخر.

فإن كانت مضرة به جاز له أن يأخذ منها على الإمساك وعلى الطلاق، وإن كان مضرّاً بها جاز أن يأخذ على الإمساك، ولم يجز أن يأخذ[1] على الطلاق، وإن كان كلاهما مؤدياً لحقِّ الآخر[2] جاز عند مالك أن يأخذ على الوجهين جميعاً: الإمساك والطلاق[3]، وإن كان كلاهما مضرّاً بالآخر كانت مسألة الحكمين.

وإن أعطته مالاً على أن يمسكها ثم فارقها، فإن كان فراقها بقرب عطيتها كان لها أن ترجع فيما أعطته، وإن كان فراقه بعد أن طال الأمد، وما يرى أنها بلغت الغرض في مقامها، لم ترجع، وإن طال ذلك، ولم تبلغ ما يرى أنها دفعت المال لمثله، كان له من المال بقدر ذلك على التقريب، فيما يرى.

وقال مالك فيمن أسقطت صداقها عن زوجها على ألا يتزوج عليها[4] فطلقها بحضرة ذلك، فلها أن ترجع عليه، وإن طلقها بعد ذلك فيما يرى أنه لم يطلقها لمكان ذلك لم ترجع عليه بشيء[5]، قال أصبغ: إلا أن يكون الطلاق

---

(١) قوله: (أن يأخذ) زيادة من(ح).

(٢) في (ث): (صاحبه).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤١، ٢٤٢.

(٤) قوله: (على ألا يتزوج عليها) في (ح): (ألا يطلقها).

(٥) قوله: (بشيء) زيادة من(ح).

بحدثان صدقتها[١] ليمين نزلت، ولم يتعمد ولم يستأنف اليمين، فلا شيء عليه أيضاً[٢].

قال الشيخ[٣]: وأرى لها أن ترجع في عطيتها وإن كان الطلاق ليمين حنث فيها؛ لأنها إنما أسقطت صداقها لمعنى، ولتبقى زوجة[٤] في عصمته، فإذا لم يصح لها ذلك لم يلزمها ما أعطت، ولو أعطته على ألا يتزوج عليها فتزوج عليها رجعت عليه، قرب تزوجه أو بعد.

فصل

[الخلع طلاق أم فسخ؟]

الخلع عند مالك طلقة بائنة[٥]. وقال ابن عباس، وطاوس، وعكرمة، وأحمد، وإسحاق: هو فسخ[٦]. وفي كتاب محمد عن عثمان رضي الله عنه «**أَنَّ عِدَّةَ المُخْتَلِعَةِ حَيْضَةٌ**»[٧]. وهذا دليل على أنه كان يرى الخلع فسخاً. وقال أبو ثور: إن قال: خالعتك على ألف؛ كان فسخاً. وإن قال: طلقتك على ألف؛ كان

---

(١) في (ح): (صداقها).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٦١.

(٣) قوله: (قال الشيخ) زيادة من (ث).

(٤) قوله: (زوجة) زيادة من(ث).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤١.

(٦) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١١٩٥، ١١٩٦.

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: ٤/ ١١٩، في من قال عدتها حيضة، من كتاب الطلاق، برقم (١٨٤٦٠)، وأخرج البيهقي في السنن الكبرى عن نافع أن ابن عمر رضي الله عنه أخبره: أن ربيع بنت معوذ بن عفراء اختلعت من زوجها على عهد عثمان رضي الله عنه فذهب عمها معاذ بن عفراء إلى عثمان رضي الله عنه فقال: إن ابنة معوذ قد اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل فقال عثمان رضي الله عنه: تنتقل وليس عليها عدة غير أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة واحدة، السنن الكبرى: ٧/ ٤٥٠، في باب ما جاء في عدة المختلعة، من كتاب العدد، برقم (١٥٣٧٩).

طلاقاً وله الرجعة[1]. وقال الشافعي: هو فسخ إذا لَفَظَ بالخلع ولم يذكر طلاقاً، وهو نحو قول أبي ثور[2]. وفي البخاري: قال النبي ﷺ لثابت[3]: «**خُذِ الْحدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً**»[4]. فأمره أن يوقع تطليقة، وليس كذلك إذا قال: قد[5] خالعتك بالحديقة، ولم يذكر طلاقاً، فهو أشكل.

واختلف عن مالك في كون الطلقة بائنة هل ذلك شرع أم لا لأنه[6] قصد المخالع؟ فقال فيمن أعطت زوجها[7] شيئاً على أن يطلق طلقة رجعية: كانت بائناً، والشرط باطل؛ لأن سنة[8] الخلع إذا لم يشترط فهي بائنة، وشرطه لا يحيل سنة الخلع[9].

وذكر أبو محمد عبد الوهاب: أن له شرطه، ورأى أن ذلك من حقوق الزوجين ليس بشرع[10]، وهو أبين، والزوج بالخيار بين أن يقبل العِوَض على أن يوقع طلقة، ويبقى حقه في الرجعة، أو على أن يسقط حقه في الرجعة وتكون بائنة/ .

(ب) ٣٠٩/ب

---

(١) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١١٩٧.

(٢) انظر: المعونة: ١/ ٥٩٠، والإشراف: ٢/ ٧٢٥، ٥٢٦.

(٣) قوله: (لثابت) سقط من (ث).

(٤) أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٢١، في باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، من كتاب الطلاق، برقم (٤٩٧١).

(٥) قوله: (قد) سقط من (ح).

(٦) قوله: (أم لا لأنه) في (ب)، (ث): (أو لأنه).

(٧) في (ح): (أعطته زوجته).

(٨) قوله: (لأن سنة) في (ح): (لأنه يشبه).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٦.

(١٠) انظر: المعونة: ١/ ٥٩٠، ٥٩١، والإشراف: ٢/ ٧٢٧.

واختلف أيضاً فيمن قال: أنت طالق طلاق الخلع، ولم يأخذ منها شيئاً، فقال مالك: تكون طلقة بائنة[١]، وقاله ابن القاسم في كتاب محمد. وقال مطرف، وأشهب وابن عبد الحكم: هي واحدة رجعية. وقال ابن الماجشون: تكون ثلاثاً[٢]. وكذلك إذا قال قد خالعتك، ولك عشرة دنانير؛ لأنَّ الدنانير إذا كانت منه كالمتعة لا يغير حكم الطلقة[٣] بخلاف أن يكون المال منها، فإذا كان هو الدافع كانت الطلقة على ما نواه، فقول مالك: إنها واحدة بائنة موافق لما روى عنه إذا كان العطاء منها وشرط الرجعة أنها رجعية، وأن الأمر راجع في الجميع إلى ما نوى[٤].

والقول إنها رجعية وإن نوى أنها[٥] بائنة راجعٌ إلى القول إذا أعطت وشرط أنها تكون رجعية أنها تكون[٦] بائنة، ولا ينفعه الشرط، وإذا طلق وأعطى، فقال: أنت طالق، ولك عشرة دنانير وهذا الخادم، كانت واحدة، وله الرجعة والمال متعة، ولا خلاف أن مجرد القول أنت طالق أن له الرجعة، وأن إعطاءه[٧] المال مع ذلك لا يؤثر في الرجعة بخلاف أن يكون المال منها، إلا أن ينوي بالطلقة أنها بائنة فيدخل الخلاف المتقدم، إذا قال: أنْتِ طالق طلاق الخلع؛ لأنّه نوى ذلك ليس لأنه أعطاه مالاً. وإلى هذا يرجع الخلافُ الذي وقع في ذلك.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٦٠، ١٦١.

(٣) في (ب): (المطلقة).

(٤) انظر: المعونة: ١/ ٥٩٠.

(٥) في (ب): (بها).

(٦) قوله: (أنها تكون) سقط من (ح).

(٧) في (ب): (إعطاءها).

وإن خالعت على إن طلبت ما أخذ منها رجعت زوجة[1]، كان شرطه باطلاً، فإن طلبت ذلك فأعاده وعادت زوجة فرق بينهما.

قال مالك في كتاب محمد: وليس لها بإصابتها إلا ما ردَّ إليها كان ذلك أقل من صداق مثلها أو أكثر ولا يتزوجها؛ لأنه كالناكح[2] في عدة. وقال محمد: هي له حلال بعد الاستبراء، وإن كانت حاملاً فبعد الوضع، وليس كالناكح في عدة[3]، وهو أبين؛ لأنَّ منع النكاح في العدة خوفُ اختلاط الأنساب، وهذا النسب منه أولاً وأخيراً.

ومحمل قوله في منع النكاح الآن على الاستحسان، فإن فعل لم يفسخ؛ لأنَّ الماء ماؤه، ولو كان ذلك الآن محرماً لحرمت للأبد إن فعل؛ لأن عمر رضي الله عنه إنما حرَّمها لموضع التعجيل، ولئلا تعود امرأة لمثل ذلك.

وإن أعطته مالاً على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً، لزمه[4] ولا مقال لها، وهذا قول مالك[5]. قال محمد[6]: وإن أعطته على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، كان ذلك له ولا حجة لها؛ لأنها نالت بالواحدة ما تنال بالثلاث؛ يريد: لأنها بانت بها وملكت نفسها.

وأرى إذا أعطته على أن يطلق واحدة فطلقها ثلاثاً، أن ينظر إلى سبب ذلك، فإن كان راغباً في إمساكها فرغبت في الطلاق ـ ألا مقال لها؛ لأنها إنما

---

(١) زاد في (ح): فطلبت.

(٢) قوله: (كالناكح) في (ح): (كالنكاح).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٩.

(٤) في (ح): (لزمها).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٧.

(٦) قوله: (قال محمد) سقط من (ح).

اشترت طلقة وسكتت عن الباقي. وإن كان رغب في طلاقها فأعطته على أن يكون طلاقه واحدة أن ترجع بجميع ما أعطته؛ لأنها إنما أعطته على ألا يوقع الاثنتين إلا واحدة لتحل له إن بَدا لهما من قبل زوج، فإذا أوقعهما رجعت بما دفعت عنهما.

وكذلك إذا أعطته على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة ينظر في ذلك، فإن كان عازماً على طلاقها واحدة كان لها أن ترجع بجميع ما[1] أعطته؛ لأنها لاثنين أعطت، وإن كان راغباً في إمساكها فأعطته على أن يطلق ثلاثاً جرت على قولين فيمن شرط شرطاً لا ينفعه، هل يوفى به؟ فعلى القول في وجوب الوفاء به يكون لها أن ترجع بما ينوب الطلقتين، وجواب محمد على القول أنه لا يجب الوفاء به.

وقال ابن القاسم في العتبية في المرأة تشتري من زوجها عصمته عليها. قال: هي ثلاث، وإن لم يسمِّ طلاقاً. قال: وكذلك إذا قالت: أشتري ملكك عليَّ أو طلاقك عليَّ. هو مثل عصمتك وليست فدية، وهذه اشترت ما ملك منها[2]. وقال عيسى: ما أراه إلا فدية، وهي واحدة بائنة كالفدية[3].

فصل
[فيما يلزم به الخلع]

الخلع يلزم[4] بالتراضي وإيقاع الطلاق، ويلزم بالعقد وإن لم يوقع طلاقاً، فإن قال: أنت طالق على عبدك هذا، أو على عشرة دنانير، فرضيت لزمها.

---

(١) قوله: (بجميع ما) في (ح): (بها).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٧.
(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٥٣.
(٤) في (ح): (يقع).

وكذلك إذا قال: إن أعطيتني أو إذا[1] أعطيتني أو متى أعطيتني عشرة دنانير فأنت طالق - كل ذلك لازم له إذا أعطته.

ويفترق الجواب في الوقت الذي إذا أعطته لزمه أخذه وأن يطلق. فإن قال: أنت طالق على عبدك، فلم ترض في المجلس لم يلزمه شيء[2]؛ لأنه عنده يقتضي المجاوبة بالحضرة، وإذا قال: "إذا" أَوْ "متى" كان ذلك بيدها وإن افترقا ما لم يطل ويرى أنها تاركة، أو يمضي ما يرى أن الزوج لم يجعل التمليك إلى ذلك الوقت.

ويختلف إذا قال: إن أعطيتني، هل يحمل ذلك على المجلس، أو[3] وإن افترقا؟ وأرى ذلك بيدها إذا قالت: نعم. وانصرفت على ذلك، وإن سكتت ضعف قولها، وكل هذا إذا قال: فأنت طالق.

واختلف إذا قال: فأنا أطلقك. فرضيت ومضت على ذلك، ثم أتت بالمال، هل يلزمه الوفاء بذلك وأن يطلق؟ فقال ابن القاسم في المستخرجة: إذا قال: إن أعطيتني عشرة دنانير فأنا أطلقك، أو قال ذلك لعبده: فأنا أعتقك. فلما جاءت أو جاء العبد بالمال بدا له؛ لم يلزمه ويحلف ما أردت طلاقاً ولا عتقاً[4].

وروى عنه / أبو زيد أنه قال: إن كسرت شيها[5] وحليها، لزمه. قال:

(ب)
٣١٠أ

(١) قوله: (أو إذا) سقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٦.

(٣) قوله: (أو) سقط من (ح)، (ث).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٥٨.

(٥) قوله: (شيها) كذا في الأصول، ولعل حرف الواو قد سقط من أول الكلمة، فيكون صوابها: (وشيها).

ورأيت أنه إن لم تتكلف بيع شيء، لم يلزمه[١].

واختلف عن مالك في كتاب محمد إذا قال لزوجته: إذا أعطيتني ما لي عليك فارقتك، أو فأنا أفارقك. فأتت بذلك، هل يلزمه؟ قال ابن القاسم: يحلف إني ما أردت أني قد فعلت، ولكن أنظر هل أفعل أم لا؟[٢] وقال أصبغ: يلزمه، واحتج بقول مالك حيث قال: تركتها[٣] حتى كسرت حليها، وقال مالك: ذلك طلاق إذا كان على وجه الفدية[٤].

وأرى إن قال: إن جئتني بِدَيْنِي أو بمالي عليك؛ أن القول قوله أنه لم يرد إيجاب الطلاق، وسواء باعت في ذلك حليها أو غيره؛ لأنَّ ذلك من حقه عليها، وقد يعسر تناول حقه منها إلا أن يطمعها[٥] بذلك إذا كانت كارهة فيه[٦]. وأما إن قال: إن أعطيتني عشرة دنانير، ولا دَيْنَ له عليها وافترقا على ذلك، ثم أحضرتها؛ لزمه الوفاء به[٧]؛ لأن هذه معاوضة ومبايعة وليست كالأول، وأمَّا العبد فكل ذلك ماله وما يبيعه ويأتي بثمنه[٨] فقد كان له أن ينتزع ذلك، وأن يجبره على تسليمه من غير عتق فلا يلزمه عتق. وأرى أن يحلف أنه لم يوجب له ذلك إلا أن يكون تكلف جميع ذلك من الناس.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٤، ٢٦٥.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٧٠.

(٣) في (ح)، (ب): (تركها).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٣، ٢٦٤، وانظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٠٨.

(٥) قوله: (يطمعها) في (ح): (يطبعها).

(٦) قوله: (فيه) سقط من (ح).

(٧) قوله: (به) زيادة من(ح).

(٨) قوله: (ويأتي بثمنه) سقط من (ح).

فصل
[فيما يجوز به الخلع، وما لا يجوز]

الخلع يجوز بما تجوز به البياعات من العين والعُرُوض وغيرها، ولا يجوز بما لا يجوز ملكه كالخمر والخنزير، ولا بما يجوز ملكه ولا يجوز أخذ العوض عنه[1] كالسلف بزيادة والتأخير بالدَّيْن. واختلف في جوازه بالغرر كالعبد الآبق، والبعير الشارد، والجنين، والثمرة قبل بدو[2] صلاحها، فإن خالعت على خمرٍ أو خنزير أو ميتة مضى الخلع، وكان الطلاق بائناً وكسرت الخمر كانت في يدها أو في[3] يد الزوج[4].

ويختلف في رجوعه عليها، فقيل: لا شيء له[5] عليها، وهو المعروف من المذهب[6]. ويجري فيها قول آخر أن له أن يرجع عليها[7] بخلع المثل قياساً على قوله في خلع المريضة، فقال مالك[8] في كتاب محمد: له خلع مثلها من رأس المال[9]. وأجراه مجرى النكاح المبتدأ؛ لأنه في الأول اشتراه، والآن باعه.

وإن خالعها على إن أسلفته مضى الخلع والطلاق بائن. ويختلف هل يسقط رجوعه عليها أو يرجع بخلع المثل أو بقيمة الانتفاع بالسلف؟ وإن

---

(١) قوله: (عنه) سقط من (ب).

(٢) قوله: (بدو) سقط من (ث).

(٣) قوله: (في) زيادة من(ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٩٩، ٢٤٨، وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦١، ٢٦٢.

(٥) في (ح، ب): (له).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٨.

(٧) قوله: (عليها) سقط من (ح).

(٨) قوله: (مالك) زيادة من(ح).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٤٩٧.

خالعها على إن عجَّل ديناً لها عليه قبل حلوله أو أخَّرها بِدَيْن له عليها والدَّيْن عين؛ جاز[١] وكان بمنزلة من طلق وأعطى، وتكون الطلقة رجعية إلا أن يقصد أن تكون بائنة.

وإن خالعها على أن تؤخره بدَيْن حلَّ لها عليه[٢]، أو تعجل هي ديناً له عليها؛ لم يجز والطلاق بائن ويسقط التأجيل فيما كان حالًّا، والتعجيل فيما كان مؤجلاً، وقد أجاز ابن القاسم مرة التعجيل في الدَّيْن المؤجل على وضيعة بعضه[٣]؛ فعلى هذا يجوز الخلع على أن تعجل هي الدَّيْن ويكون له قبضه، ولا فرق بين أن يجعل[٤] عوض التعجيل بعض الدَّيْن أو سلعة أو خلعها لنفسها.

وإذا كان الدَّيْن لها[٥] عليه إلى أجل فخالعها على أَنْ وضعت بعضه وعجَّل الباقي، أو كان حالًّا فأخرته ووضعت بعضه، أو كان الدَّيْن له عليها إلى أجل فوضع بعضه على أَنْ عجلت الباقي أو كان حالًّا فأخرها به؛ افترق الجواب، فإن كان لها عليه مائة دينار إلى سنة فخالعته على أَنْ أسقطت عنه[٦] خمسين وعجل خمسين، أو كانت المائة حالَّة فخالعته على أَنْ أخذت خمسين وأخرت خمسين؛ مضى الخلع، وكان له جميع الخمسين، وردت ما تراضيا فيه في الخمسين الباقية من تعجيل أو تأخير، فترد[٧] إلى أجلها إن كانت مؤجلة،

---

(١) قوله: (جاز) سقط من (ح).

(٢) في (ث): (له عليها).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٦٥، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٥.

(٤) قوله: (يجعل) في (ث)، (ح): (يعجل).

(٥) في (ح): (له).

(٦) قوله: (عنه) سقط من (ح).

(٧) في (ح): (فتؤخر).

وتقبض الآن إن كانت حالة، وهذا قول مالك[1]، وقوله في الحالَّة أن له جميع الخمسين صحيح؛ لأنَّ الخمسين والتأخير جميعاً ثمن للخلع.

وأما إذا كانت المائة مؤجلة عليه فينبغي أن يكون له من الخمسين ما قابل الخلع خاصة؛ لأنها ثمن للشيئين: للخلع والتعجيل، ولم تكن للخلع خاصة فينبغي أن تقضى على قدر خلع المثل، وقيمة التعجيل للخمسين فيمضى للزوج ما قابل الخلع، وتبقى هي على حقها فيما قابل التعجيل، ويردُّ إلى أجله، وإن كان الدَّيْن له عليها، وهو مائة حالَّة، فأسقط خمسين وأخرها بخمسين، أو كان الدَّيْن مؤجلاً فعجلت له خمسين وأسقط عنها خمسين؛ جاز -إذا كان حالًّا- الإسقاط والتأخير؛ لأنها معروف من الزوج وكأنَّه [2] قد طلق وأعطى والطلاق رجعي.

وإن كان مؤجلاً لم يجز الإسقاط ولا التعجيل، وَرَدَّ جميع المائة إلى أجلها، وقول محمد[3]؛ لأن الزوج أعطى شيئين لمكان التعجيل، وهو ما بيده من العصمة، وخمسين وهي التي أسقط، فإذا لم يصح له التعجيل لم يلزمه الإسقاط؛ لأنه قادر على ردِّه ولم يرد الطلاق؛ لأنه لا يردُّ بعد وقوعه، ويبقى مقال الزوج فيما قابل الخلع، هل يرجع به؟ وقد تقدم قول ابن القاسم، وأنه أجاز مرة التعجيل على الوضيعة، فعلى قوله هذا يجوز الخلع والإسقاط ويصح التعجيل؛ لأنَّ حقيقة ما عملا عليه "ضع وتعجل"؛ عجلت خمسين على أن / خَلَعَها ووضع عنها خمسين.

(ب) ٣١٠/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٨.

(٢) في (ح) و(ث): (وكان).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٥.

وقال في كتاب محمد فيمن كان صداقها عشرة نقداً وعشرين[١] مؤجلة فصالحها قبل البناء على عشرة نقداً وأسقطت الباقي قال: ينفذ الطلاق ولا يكون لها سوى عشرة[٢]؛ خمسة الآن، وترد الخمسة وتأخذها إلى أجل[٣].

قال: وكذلك لو كان الصلح بستة نقداً أو أكثر إلى أقل[٤] من خمسة عشر، يَردُّ ما فوق الخمسة إلى وفاء الأجل، وهذا راجع إلى ما تقدم إذا كان لها دَيْن مؤجل فوضعت[٥] نصفه للتعجيل والخلع مضى جميع الوضيعة للخلع، وقد كان الصواب أن يفض.

فصل
[في الخلع بالغرر]

اختلف في الخلع بالغرر بالجواز، والكراهية، والمنع كالآبق، والجنين، والثمر قبل أن يبدو صلاحه[٦]، واستحسن ألا يفعل[٧] ابتداء، فإن نزل مضى وكان له ما خلع عليه؛ لأن الخلع ليس كالبياعات في الحقيقة، والأمر فيه أوسع من النكاح، ولأنَّ القائل بمنعه يقول: لا شيء له من الغرر ولا شيء له عليها. وهذا غير مستقيم؛ لأنه إن كان عنده كالبياعات فالغرر فيه ممنوع فيجب أن يرجعَه عليها بالعوض عما أخرج من يده، وإن كان عنده بخلاف البياعات ولا

---

(١) في (ح): (وعشرة).

(٢) قوله: (عشرة) سقط من (ث).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٠.

(٤) في (ث): (أجل).

(٥) في (ب)، (س ح): (فوضع).

(٦) قوله: (يبدو صلاحه) في (ب): (يصح بيعه)، وفي (ث): (يصلح).

(٧) في (ح) و(ث): (يفعلا).

شيء له، فيجب أن يمضيه[١]، ولأن الرجوع بالقيمة عما أخرج من يده - وهو خلع المثل - لا يتحصل في الغالب، وليس ذلك معروفاً كصداق المثل، فكان البقاء على ما دخلا عليه أولاً.

وقد قيل فيمن تزوجت بمائة إلى موت أو فراق: إنه تقوم المائة إذا لم تكن العادة بالنقد، ولا بشيء صحيح، وقد يكون الغرر الذي خالع عليه ليس له كبير قيمة؛ لأن قصده كان ترك المشاحة في مثل ذلك، وخلع المثل مما له بال، وإن رد إلى خلع المثل كان قد رجع فيما تركه وسامح به[٢].

وقال ابن القاسم فيمن خالع على مال إلى أجل مجهول: إنه يكون حالًّا. قال: لأن مالكاً قال: من باع إلى أجل مجهول إن القيمة إذا فاتت السلعة حالة[٣]. ولا أرى لتعجيله وجهاً، وفي ذلك ظلم على المرأة، ولأن الخلع مختلف فيه، فقيل: جائز[٤]. وقيل: مكروه. فإن نزل مضى. فعلى هذين القولين لا يكون عليها تعجيل دون الوقت الذي جعلت[٥] القضاء إليه. وقيل: لا يجوز، فينبغي أن يسقط هذا الغرر، ثم يختلف هل يرجع بخلع المثل؟

وقال في التي خالعت على ألَّا سكنى لها، إن كانت في مسكن الزوج لم تخرج، ولا شيء للزوج عليها قال: لأن مالكاً قال: إذا وقع الخلع بحرام مضى الخلع، وردَّ الحرام[٦]. وأرى أن يرجع عليها بالأقل من كراء هذا المسكن، أو ما

---

(١) في (ح): (يضمنه).

(٢) في (ث): (فيه).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٢.

(٤) انظر: الإشراف: ٢/ ٧٣٢، والمعونة: ١/ ٥٩٢، وعيون المجالس: ٣/ ١٢٠٦.

(٥) في (ب): (جعل).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٩٩.

كانت تكتري به؛ لأن أخذ العِوَض عن السكنى يجوز وهو بمنزلة من خالع على شيء فاستحق من يده؛ إلا أن يكون انتقالها إلى أبويها أو إلى مسكنها، وهو الآن لا كراء له؛ لأنها لم تنتفع بشيء، ولأن الغالب من المرأة عند الطلاق أنها تكره المقام هناك، وإن خالعها على أن تقيم في مكانها وتؤدي الكراء جاز، وإن خالعها على أن ترضع ولدها وتنفق عليه من عندها إلى فطامه جاز.

واختلف إذا زادت على ذلك وشرط عليها[١] أربع سنين أو نحوها، فقال مالك: لا يجوز ذلك، قال: وإنما النفقة على الأم في الرضاع والحمل، قال ابن القاسم: ولا شيء للزوج عليها فيما سقط من شرطه[٢].

وقال المغيرة، وأشهب، وعبد الملك: ذلك جائز[٣]. قال المغيرة: لأن الخلع بالغرر يجوز[٤]. وهو أحسن، وهذا إذا شرط إن مات الولد أو الأم أن لا رجوع للأب، وإن شرط أن ذلك ثابت عليها، وإن مات الولد أو الأم، جاز، فإن مات الولد[٥] أخذ الأب ذلك مشاهرة حتى ينقضي الأجل.

واختلف عن مالك إذا خالعها على رضاعه، ولم يشترط ثبات ذلك إن مات ولا سقوطه فمات الولد قبل حولين. فقال: لا شيء له عليها[٦]. وعلى هذا يدخله الغرر. وقال أيضاً: لو أتبعها لكان له في ذلك قول[٧]. وروى أبو الفرج

---

(١) قوله: (عليها) سقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٦، ٢٦٧.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٣٩.

(٥) قوله: (أو الأم جاز، فإن مات الولد) سقط من (ح).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٩.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٧.

أنه قال: يتبعها، وإن ماتت هي أخذ ذلك من تركتها، ولو انقطع لبنها وكانت عديمة استأجر لها ورجع عليها[١]. وقول مالك أن لا شيء عليها صواب[٢]؛ لأنَّ الباقي اللبن، وليس هو[٣] شيئاً يبيعه[٤] ولا يأخذ[٥] له ثمناً، وعليها أن تغرم ما كانت تشتريه له خارجاً عن الرضاع من طعام أو غيره.

واختلف إذا خالعت على أن تنفق على ولدها فعجزت وأنفق الأب، فقال مالك وغيره من أصحابه[٦]: يرجع عليها. واختلف فيه عن ابن القاسم هل يرجع عليها[٧]؟ والأول أصوب. وإن اختلعت على أن تسلم الولد لأبيه لم يجز، إذا كان الولد قد عَلَق بأمه أو كان عليه في ذلك ضرر من غير رضاع.

واختلف إذا كان الصبي[٨] لا ضرر عليه، فأجاز ذلك مالك وابن القاسم[٩]. وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: الشرط باطل، ولها أن تأخذه. ورأى أن في ذلك حقّاً للولد[١٠]، وقاله مالك في كتاب المدنيين، وهو أحسن إذا كان رضيعاً أو فطيماً وهو صغير؛ لأن الغالب أنه يضيع ولا أحد يقوم مقام / أمه. وإن كان قد أثغر فالوفاء بالشرط أحسن، وإذا بقي عندها لم

(ب) ٣١١/أ

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٧.

(٢) في (ب): (أصوب).

(٣) قوله: (هو) سقط من (ح).

(٤) في (ب): (يتبعه).

(٥) في (ب): (ولا تأخذ).

(٦) قوله: (من أصحابه) سقط من (ب).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٧.

(٨) قوله: (الصبي) زيادة من(ح).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٧.

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٨.

يكن له عليها[١] عن ذلك شيء؛ لأن الخلع لم يكن بمال ولا بما يباع، وإنما هو من باب طرح المشقة عنه، وهو لا يطلب من تلك الحضانة بشيء.

ومن خالع زوجته، ثم ظهر بها حمل؛ كانت لها النفقة ما كانت حاملاً، وكذلك إن كانت ظاهرة الحمل وقت الخلع فلها النفقة ما كانت حاملاً[٢]؛ إلا أن يشترط الزوج إسقاطها.

وقال مالك في العتبية: إذا شرط ألا نفقة للحمل فأعسرت، أنفق الزوج عليها ويتبعها إذا أيسرت[٣]. يريد: لأن عجزها عن النفقة على نفسها يضر بالحمل، وقد كان الأصل أنها عليه.

واختلف إذا اشترط ألا نفقة للولد إذا ولدته[٤] هل يكون لها الآن نفقة الحمل؟ فقال مالك[٥] في كتاب محمد: لا نفقة لها الآن، وقال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون، والمغيرةُ وابنُ الماجشون في مختصر ما ليس في المختصر: لها نفقة الحمل؛ لأنها لم تذكر إسقاطه[٦][٧]. وهو أحسن؛ لأن لها حقين خالعت على أن أسقطت أحدهما، ولم يسقط الآخر.

وقال مالك في كتاب محمد: إذا شرط ألا تنكح حتى تفطم ولدها لزمها ذلك[٨]. وقال ابن القاسم في العتبية: إن شرط أن ترضع ابنه عامين فأرادت أن

---

(١) قوله: (له عليها) في (ب): (لها عليه).

(٢) قوله: (ما كانت حاملاً) زيادة من(ح).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٥٠.

(٤) قوله: (إذا ولدته) سقط من (ح).

(٥) قوله: (مالك) سقط من (ث).

(٦) قوله: (إسقاطه) زيادة من(ح).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٨.

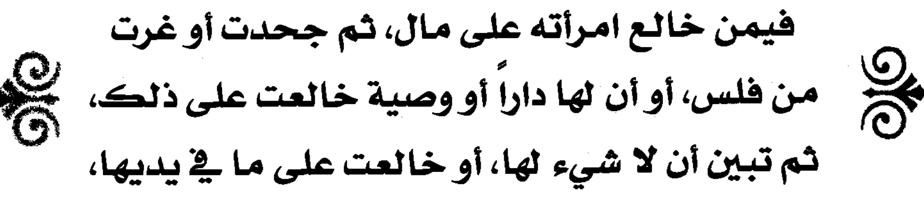
(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٧.

تنكح قبل ذلك، فإن كان ذلك يضر بالصبي منعت كمن استأجر ظئراً فأرادت التزويج[1]. وفي كتاب ابن سحنون: إذا شرط عليها رضاع ولدها سنتين، وأخذت منه دنانير، ثم تزوجها قبل ذلك - كان له أن يرجع عليها من الدنانير بقدر ما بقي[2].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٨، والبيان والتحصيل: ٥/ ٢٨٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٩.



باب
فيمن خالع امرأته على مال، ثم جحدت أو غرت من فلس، أو أن لها داراً أو وصية خالعت على ذلك، ثم تبين أن لا شيء لها، أو خالعت على ما في يديها، ولم يكن في يديها شيء

اختلف إذا قال: خالعتك، أو طلقتك على عشرة دنانير، وقالت: طلقتني على غير شيء، فقال مالك وابن القاسم: القول قولها مع يمينها[1]، ولا شيء عليها. وقال عبد الملك: القول قوله، وتعود زوجة بعد أن يحلف الزوج أنه خالع على ما ذكر، وتحلف هي أنه كان طلاقاً بغير عوض، وجعل الخلع كالبيع إذا أنكر الآخر أن يكون اشترى، أن البائع أحق بسلعته، وبمنزلة ما قال: بعتك هذا العبد وأعتقته، وقال الآخر: لم أشتره - أن العبد يبقى رقيقاً لبائعه على أحد القولين.

وإن كان المدعى عليه الشراء موسراً، والخلع عنده معاوضة، فإذا لم يقر بالعِوَض لم يلزمه المثمون. والأول أحسن، ولا يرتفع الطلاق بعد وقوعه. قال أصبغ: إلا أن يقول الزوج[2]: أردت ألا يتم الخلع حتى تعطيني، إذا نسق قوله بإقراره بالخلع[3].

ويختلف إذا خالعته على مال وغرته من فلس، هل يمضي الطلاق أو تعود زوجة؟ فقال عبد الملك: لو قالت: أخالعك على داري هذه أو على عبدي هذا،

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥١.

(٢) قوله: (الزوج) سقط من (ث).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٩، والبيان والتحصيل: ٥/ ٢١١.

فإذا الدار والعبد ليسا لها، فغرته بذلك لم يلزمه الطلاق، ولو كان لها فيهما[١] شبهة ملك؛ لزمه الطلاق. قال: ولو قالت: أخالعك على ما أوصى لي به فلان أو لي عطاء، ولم يكن وصّى لها فلان، ولم يكن لها عطاء - لم يلزمه طلاق، ولو كان وصى لها، ثم رجع الموصي عن وصيته بعد الخلع، أو لم يحملها الثلث أو كانت في[٢] عطاء فسقط اسمها منه بعد الخلع - لزمه الطلاق، قال في كتاب محمد: ولا شيء له عليها[٣].

وأرى إذا رجع عن الوصية، أو سقط العطاء قبل الخلع وهي عالمة، أن يرجع عليها بمثل تلك الوصية والعطاء إذا كانت موسرة، وكذلك إذا غرته من دار أو عبد ليس لها، وهي موسرة، غرمت قيمة ذلك.

وإن كانت فقيرة فحينئذٍ تعود زوجة، وإن لم تعلم الزوجة برجوع الموصي عن وصيته، وهي معسرة، لم ترجع زوجة، وإن قالت: أخالعك على ما في يدي، ففتحت يدها عن دينار أو ما أشبه ذلك لزمه الخلع.

واختلف إذا كان ما لا قدر له كالدرهم، أو ما لا ينتفع به كالحصاة، أو لم يكن فيها شيء، فقال مالك عند ابن حبيب: لا خلع بينهما. قال: وهذا مما لا يجوز على أحد. وقال أشهب في كتاب محمد: إذا كان في يدها ما ينتفع به - الدرهم وما أشبهه- لزمه الخلع[٤].

وإن كان حجراً أو لا شيء فيها، لم يلزمه الطلاق[٥]. وقال ابن الماجشون:

---

(١) قوله: (فيهما) زيادة من(ب).

(٢) قوله: (في) سقط من (ث).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٢، ٢٦٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٢.

(٥) في (ب): (طلاق).

يلزمه الطلاق؛ لأنه طلق[1] بشيء يأخذه أو لا يأخذه. قال محمد: وهذا أحب إلي[2]؛ لأنها لم تخدعه على جهل منه. وقول مالك أحسن إذا كان الخلع عن مشاورة وعند الجد، وإنما يتسامح الناس في مثل هذا عند ما يكون من الهزل واللعب.

قال مطرف عند ابن حبيب: فإن رضي الزوج وكان في يدها ما ينتفع به ـ وإن قل ـ فهو خلع، وإن كان / حصاة أو ما لا ينتفع به فليس بخلع، وتكون طلقة له فيها الرجعة[3].

(ب) ٣١١/ب

وهذا صحيح على أصل مالك؛ لأنَّ الزوج عنده بالخيار في مثل هذا؛ له أن يرد الخلع، فإذا رضي وكان مما ينتفع به كان خلعاً، وإن كان مما لا ينتفع به كان طلاقاً مبتدأ من الزوج؛ لأنه هو ألزم نفسه ذلك، ولم يأخذ عوضاً.

واستحسن إذا لم يكن في يدها شيء، أو كان مما لا ثمن له، وهي موسرة، أن تغرم ما يرى أنه لو كان في يدها لزمه الخلع، ولا ترد زوجة إلا أن تكون معسرة.

---

(١) في (ح): (علق).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٣.



باب
ما جاء[1] في الخلع والبيع في عقد



وقال ابن القاسم فيمن خالع زوجته على عبدها وزادها ألف درهم: جاز، فإن كان في قيمة العبد فضل كان خلعاً، وإن كان كفافاً بالألف كانت مبارأة، وإن كان في الألف فضل عن قيمة العبد كان بمنزلة من صالح وأعطى[2]، فعلى قوله يختلف هل تكون طلقة بائنة أو رجعية؟ وأن تكون بائنة أحسن؛ لأنه طلاق قارنه معاوضة[3] من المرأة وَشَرْطه العبدَ لا يكون إلا لغرض له فيه، فلا يكون بمنزلة من طلق وأعطى.

وإن خالع على جنين أو آبق أو بعير شارد[4] وزادها عشرة دنانير، نظر[5] إلى قيمة الذي تدفعه الزوجة، فإن كان عشرة دنانير فأقل كان بيعاً على قوله في المسألة التي قبل، وإن كان فيه فضل كان خلعاً وبيعاً، وكان شريكاً فيه بقدر ما زادت قيمته عن العشرة، وإلى هذا ذهب محمد أن يكون الزائد للخلع[6]، وكل هذا موافق لقول ابن نافع في المواضح أن الزائد للعمد[7]، فإن كانت قيمة

---

(١) قوله: (ما جاء) زيادة من(ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٣.

(٣) في (ح): (عوض).

(٤) قوله: (أو بعير شارد) زيادة من (ب).

(٥) قوله: (نظر) سقط من (ح).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦١.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٦٩ بلفظ «قال ابن نافع: لا يكون للموضحة العمد إلا ما فضل عن قيمة الشقص فإن كانت قيمته خمسين فأقل أخذه الشفيع بخمسين وعلمنا أنه لم يأخذ للعمد شيئاً، وإن كانت قيمتُه ستين علمنا أن الزائد للعمد فيأخذه بخمسين وبسدس قيمة الشقص، وبهذا أخذ ابن المواز».

الجنين عشرة دنانير فأقل لم يكن للزوجة من الجنين والعبد شيء؛ لأنه حينئذٍ بيع كله والعشرة راجعة إلى الزوج، فإن كان فيه فضل كان له منه ذلك الفضل يكون شريكاً بقدر ما زادت قيمته على العشرة.

واختلف في الوقت الذي يعتبر فيه قيمة الفضل، فقال محمد: القيمة يوم يخرج الجنين، ويوجد الآبق وتجدُ الثمرة[(١)]. وقال أصبغ في العتبية: القيمة في الآبق يوم الصلح[(٢)]. وكذلك الثمرة القيمة يوم الصلح إن كانت مؤبرة، وإن لم تؤبر فيوم تؤبر، ووافق في الجنين أن قيمته يوم ولد[(٣)]؛والقيمة في جميع ذلك يوم الصلح أحسن؛ لأنَّ ذلك اليوم وقع البيع فيهم، وإنما تفض الأثمان على ما اشتملت عليه يوم الصفقة ووقت البيع، وعلى القول في المواضح أن الفض على المعلوم والمجهول جميعاً، يفض ما دفعته المرأة على العشرة دنانير وخلع المثل، وهو أحسن؛ لأن الزوج اشترى ذلك الغرر بشيئين: بالدنانير، وبما سلم من العصمة، فإن كان خلع المثل عشرة دنانير، كان له نصف الجنين أو الآبق أو الثمرة عن الخلع، ويرد النصف؛ لأنه الذي يقابل البيع.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦١.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٠٩، ٣١٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦١.



باب
في مخالعة من حلف ألا يخالع، وإذا تبين[١] بعد الخلع أن بها أو به عيباً يوجب الرَّدَّ، هل ينقض الخلع؟ ومن حلف إن دعته زوجته إلى الخلع ليخالعنها أو أوجب ذلك بغير يمين

وإذا خالعت المرأة على مال، ثم تبين أنه كان طلقها ثلاثاً، رجعت بما أعطته. وقال مالك فيمن حلف بطلاق الثلاث إن صالح زوجته ثم صالحها: رجعت بما صالحت، وقد بانت منه[٢]. قال محمد بمنزلة من قال: إن بعتك فأنت حر[٣]. ورأى[٤] أن الحنث بالثلاث سبق الصلح وفي المنتخبة: فيمن قال: أنت طالق إن صالحتك، فصالحها حنث بطلقة اليمين، ثم وقعت عليها طلقة الصلح وهي في عدة منه يملك رجعتها، فلذلك لم يرد ما أخذ منها[٥]. وهذا مثل الأول أن طلقة الحنث سبقت الصلح.

وقد اختلف في هذا الأصل، فقيل فيمن قال: إن بعتك فأنت حر، لا شيء عليه إن باعه؛ لأن البيع سبق الحنث، والعتق وقع فيه بعد أن انتقل ملكه. وهو أحسن؛ لأنَّ الفاء في قوله: "إن صالحتك فأنت طالق" تضمنت التعقيب، وأن الطلاق إنما يقع بعد الصلح، وتضمنت الشرط، وإنما يلزم الشرط، وهو الطلاق بوجود المشروط وهو الصلح، وإذا كان ذلك لم يكن عليه أن يرد المال،

---

(١) قوله: (وإذا تبين) في (ح): (وأحس).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٤.

(٤) قوله: (ورأى) سقط من (ح).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢٤١.

وإن كانت يمينه بالثلاث، ثم يختلف هل يقع عليه طلاق الحنث وهو الثلاث؟ فعلى قول إسماعيل القاضي لا يلزمه شيء[١] سوى طلقة الصلح[٢]؛ لأن الزائد عليها وقع على[٣] غير زوجة؛ لأنها بطلقة الصلح[٤] بائن، فأشبه من أتبع الصلح طلاقاً بالفور.

ومن قال للتي لم يدخل بها: أنتِ طالق، أنتِ طالق، أنتِ طالق، فقال إسماعيل القاضي: لا يلزمه سوى الأولى؛ لأنها بانت بها إلا أن ينوي بقوله الأول: "أنت طالق الثلاث" ثم كرر بيمين[٥] ما أراد بقوله الأول.

فصل

[فيما إذا تبين أن العقد فاسد بعد الخلع]

(ب) ٣١٢/أ

وإن خالعت المرأة[٦] ثم تبين أن العقد كان فاسداً، فإن / كان مجمعاً على فساده رد ما أخذ، واختلف إذا كان مختلفاً فيه هل يمضي الخلع للاختلاف، وإن كان الحكم عنده أنه يفسخ لو لم يخالع؟ إلا أن يكون الخلاف شاذّاً.

واختلف أيضاً إذا كان به عيب يوجب الرد، فلم تعلم الزوجة حتى خالعته، ورَدَّت إليه قبل الدخول مما أخذت أو ردَّت إليه بعد الدخول البعض أو الكل، فقال ابن الماجشون: ترجع بما دفعت إليه[٧]. وذهب ابن القاسم إلى

---

(١) قوله: (شيء) زيادة من (ث).

(٢) في (ث): (الخلع).

(٣) في (ح): (عليها).

(٤) في (ث): (الخلع).

(٥) في (ب): (اثنين).

(٦) قوله: (المرأة) زيادة من (ث).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٤.

أنه قد فات موضع الرد بالخلع[١]، فلا ترجع بشيء[٢].

وقال ابن القاسم فيمن اشترى سلعة ثم باعها من بائعها بأقل مما اشتراها منه ثم وجد عيباً: للمشتري أن يرجع بتمام الثمن، قال: لأنه يقول كان لي أن أردها عليك وها هي في يديك[٣]. وهذا مثل قول عبد الملك[٤]؛ لأن الزوجة تقول: كان لي أن أردك بذلك العيب وها أنت مردود، فيكون لها أن ترجع كما كان للمشتري أن يرجع، ولا يحول الخلع بينهما وبين الرجوع، كما لم يَحُل بين المشتري الأول البيع الثاني، ولو كان العيب بها، فخالعها على بعض الصداق، كان له أن يرجع ببقيته على قول عبد الملك، ولم يرجع به على قول مالك وابن القاسم.

وقال مالك في العتبية: إذا ماتت المرأة أو طلقت، أو اختلعت من زوجها قبل أن يظهر على عيبها، فلا شيء له عليها[٥]. وقال سحنون: يرجع الزوج بالصداق على الذي غره، وإن كانت هي التي غرت أخذ منها ما أعطاها، وترك لها ربع دينار[٦]. يريد: ويَرُدُّ ما أخذ في الخلع إذا كان الذي خالع به من غير صنف الصداق، أو يرجع بالفضل إن كان من صنفه، وكذلك إن ماتت، وكان ميراثه دون ما أعطاها. ومحمل قوله "إذا ماتت ولم يخالع" على أن ذلك العيب لا تتزوج[٧] لأجله أو تتزوج بالشيء اليسير، فإن كانت على غير ذلك

---

(١) في (ث): (بوضع الرد كالخلع).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٠٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٤.

(٥) في (ث)، (ب): (فلا شيء عليه).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٢٤.

(٧) في (ح): (تخالع).

حُطَّ عنه من المسمى ما بين الصحة والداء؛ لأن المصيبة منه إذا ماتت، وليس الموت كالخلع؛ لأن الخلع[1] يقوم مقام الردِّ.

فصل

[فيمن قال لزوجته: إن دعوتني إلى الصلح فلم أجبك؛ فأنت طالق]

ومن قال لزوجته: إن دعوتني إلى الصلح فلم أجبك فأنت طالق. فدعته إلى دينار، فقال: لم أرد إلا نصف متاعها أو مثل مهرها - فذلك إليه ويخلى بينه وبينها[2].

وقال ابن شعبان: القول قوله ما بينه وبين قدر ما تملكه المرأة.

قال الشيخ[3]: وليس هذا بالبين، وليس هو مما يقصده الزوج ولا مما يرجو أن تطوع له به، فأرى أن يحملا على ما الغالب أنه يرجو أن يرضى به مثلها، وليست من كان يعلم منها البغضة لزوجها كغيرها، ولا البخيلة كالتي يعلم منها السماحة[4]، والفقيرة، والمتوسطة اليسار، والبائنة الغنى في ذلك مختلفٌ، فإذا بذلت ما يرى أنه يرضى به مثلها على ما يعلم من رغبتها في الخلاص منه وحالها من الإمساك واليسار فلم يرض[5] به- وقع عليه الطلاق.

---

(١) قوله: (لأن الخلع) سقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٨، والبيان والتحصيل: ٥/ ٢٠٩، ٢١٠.

(٣) قوله: (قال الشيخ) زيادة من(ح).

(٤) في (ح): (السماح)، وفي (ب): (السخاوة).

(٥) في (ث): (ترض).

باب



في حكم الصداق في المختلعة قبل الدخول وبعده، وهل يُسقِط الخلعُ ديونَ الزَّوجةِ؟



وإذا قالت: اخلعني، أو اتركني، أو تاركني، أو بارئني، على عشرة دنانير، وكانت مدخولاً بها - كان له العشرة، ولها صداقها كاملاً، وسواء قالت ذلك مطلقاً أو شرطت العشرة من صداقها.

وإن كانت غير مدخول بها، وقالت: بارئني على عشرة دنانير، فإن شرطت العشرة من الصداق سقطت العشرة من جملته، وكان الباقي بينهما نصفين، وسواء قالت: اخعلني أو طلقني إذا شرطت العشرة من الصداق[1].

واختلف إذا لم تشترط من الصداق وقالت: عليَّ[2] عشرة دنانير. ولم تزد على ذلك فقال ابن القاسم: إن قالت: طلقني على عشرة دنانير؛ كانت له العشرة، والصداق ثابت بينهما يقسمانه نصفين، وإن قالت: اخلعني؛ لم يكن لها من الصداق شيء، فإن لم تكن قبضته لم تأخذ شيئاً، وإن قبضته ردتْ جميعه. وقال أشهب: قولها طلقني واخلعني سواء له العشرة ولها نصف الصداق، قبضته أو لم تقبضه. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: إن لم تكن قبضته، لم يكن لها[3] شيء، وإن قبضته فهو لها كله، ولا شيء له سوى ما خالع عليه، وإن قبضت بعضه لم يكن له مما قبضت شيء وسواء قالت: اخلعني، أو طلقني[4].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٥، ٢٤٤.

(٢) قوله: (عليَّ) سقط من (ح).

(٣) قوله: (لم يكن لها) في (ث): (لم تأخذ).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦٩، ٢٧٠.

وقول أشهب أحسن؛ لأنَّ قولها: اخلعني، وبارئني، وتاركني، إنما يتضمن خلع النفس والإبراء من العصمة، والمتاركة فيها ليس الانخلاع من المال، ولا الإبراء منه ولا المتاركة فيه، ولو كان ذلك لسقط الصداق عنه إذا كانت مدخولاً بها، وكذلك غيره من ديونها.

وقد أجمعوا أن هذه الألفاظ: الانخلاع، والمباراة والمتاركة، إنما يراد بها بعد الدخول النفس دون المال، فوجب أن يكون حقها في النصف قبل/ الدخول ثابتاً، وكذلك إن لم يكن دخل بها وكان لها عليه دَيْن فقالت: اخلعني أو بارئني، لا خلاف أن دَيْنها باقٍ، وكذلك إذا قالت قبل الدخول: اخلعني على عبدي هذا أو ثوبي هذا؛ فعلى قول ابن القاسم يسقط الصداق، ولا يكون لها منه شيءٌ قبضته أو لم تقبضه، وعلى قول أشهب يمضي العبد أو الثوب للزوج، والصداق بينهما، وهو أحسن في هذا الأصل، وقد تقدم وجه ذلك.

(ب) ٣١٢/ب

باب



في خلع الصغيرة والبكر الكبيرة، والثيب السفيهة، والسفيه، وخلع الأمة، والمدَبَّرة، والمكاتبة، وأم الولد



اختلف في خلع الصغيرة إذا لم تكن في ولاء؛ فأجازه ابن القاسم في العتبية[1]، ومنعه أصبغ وقال: الخلع ماضٍ، والمال مردود[2]. وأرى أن ينظر إلى حالها، فإن كان بقاؤها زوجة أحسن رُدَّ المال ومضى الطلاق، وإن كان الفراق أحسنَ مضى الخلع؛ لأن الزوج لا يقدر أن يَرُدَّ العصمة، ولو ترافعا قَبْلُ إلى الحاكم لفعل[3] ما فعلت إلا أن يكون فيه فضل عن خلع مثلها فيرد الفضل.

واختلف في خلع البكر البالغ[4]، فأجازه سحنون[5]، وقال في كتاب ابنه: ومن لم يجزه لم أعنفه[6]، فأما الإجازة فلوجهين:

أحدهما: حملها على الرشد، وهو ظاهر ما وقع في كتاب النكاح الثاني[7].

والثاني: قول أشهب في السفيه أن أفعاله على الجواز ما لم يحجر عليه، وعلى القول أنها على السفه، وأن أفعال السفيه مردودة، يرد الخلع إلا أن يكون مما لو رُفع الأمر فيه إلى الحاكم لرآه من حسن النظر.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٩٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٠، والبيان والتحصيل: ٥/ ٢٩٣.

(٣) في (ح): (لم يفعل).

(٤) قوله: (البالغ) سقط من (ث).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٩٣.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧١.

(٧) قوله: (الثاني) سقط من (ث)، وراجع كتاب النكاح الثاني.

ويختلف في خلع الثيب السفيهة إذا لم تكن في ولاء قياساً على بيعها وشرائها. وأرى أن ينظر في حال الزوجين حسب ما تقدم، فإن كانت رشيدة والزوج سفيهاً مضى الخلع؛ لأنَّ الطلاق لا يُرَدُّ إلا أن يكون عليه غبن فيتم له خلع المثل.

فصل

[في فراق الأب والوصي والسلطان على الذكر]

الفراق من الأب والوصي والسلطان يجوز عند مالك على الذكر بشرطين: أحدهما: أن يكون على وجه الخلع بشيء يأخذه له يرى أن فيه حسن نظر. والثاني: أن يكون الزوج غير بالغ؛ لأنه حينئذٍ ليس بيده طلاق[(١)].

واختلف إذا كان سفيهاً بالغاً، فمنع ابن الماجشون في المدونة أن يخالع عليه[(٢)]، وأجازه ابن القاسم في العتبية[(٣)]، وهو أحسن، وليس كون الطلاق بيده إذا امتنع من إيقاعه مما يمنع أن يوقع عليه إذا كان الطلاق من حسن النظر، وإن لم تبذل الزوجة شيئاً، وقد يكون في بقاء العصمة فساد عليه، وقد يظهر بعد العقد ما لو علمه الأب والوصي لم يزوجه إياها، أو يحدث منها[(٤)] ما يكون الفراق صواباً فقد تكون الزوجة غير محمودة الطريقة، أو تكون متلفة

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥١.

(٢) لم أقف على هذا المنع لابن الماجشون في المدونة، وإنما وجدته لابن القاسم، انظر المدونة: ٢/ ٢٥٢، ولكن نقله ابن رشد في البيان والتحصيل ١٦/ ١٤٣: عن ابن الماجشون، بلفظ: "لا يجوز إنكاحه إياه ولا مخالعته عليه بغير إذنه، وهو قول ابن الماجشون في الواضحة".

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/ ١٤٣.

(٤) في (ث): (منهما).

لحال دارها[١] فيطلق عليه بغير عوض يؤخذ له، وسواء كان صغيراً أو بالغاً؛ إلا أن يعلم من البالغ علوق بها فينظر فيه.

فصل
[في خلع الأب والوصي والسلطان على البكر والثيب]

يجوز خلع الأب على ابنته إذا كانت غير بالغ بكراً كانت أو ثيباً[٢]، وعلى البالغ إذا كانت بكراً لم يدخل بها أو مدخولاً بها ولم تطل إقامتها؛ لأنَّ له الجبر على النكاح في هذه الحالات، وإذا كان له الجبر كان الخلع إليه.

ويختلف إذا كانت ثيباً تأيَّمت قبل البلوغ ثم بلغت، فقيل: له أن يجبرها على النكاح، فعلى هذا له أن يخالع عليها، وقيل: لا يجبرها، ولا يخالع عليها.

واختلف في خلع الوصي والسلطان على البكر والثيب السفيهة فعلى قول مالك في المدونة: لا يجوز ذلك إلا للأب وحده[٣]. لأنه منع أن يضع الأب مع بقاء العصمة[٤]، وقال مالك في المبسوط: يجوز مبارأة الوصي عن يتيمته الصغيرة ما لم تبلغ[٥].

واختلف فيه عن ابن القاسم، فقال عيسى في كتاب المدنيين: رجع ابن القاسم إلى أن مبارأة الوصي والسلطان جائزةٌ على الصغيرة إذا كان ذلك حُسْنَ نظر[٦]. وهو أحسن، وقد يفرق بينهما لما يصل إليها من الإساءة، ويعجز عن

---

(١) قوله: (لحال دارها) زيادة من (ب).
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٢.
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥١.
(٤) قوله: (لأنه منع أن يضع الأب مع بقاء العصمة) سقط من (ح).
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٣.
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧١.

إثبات ذلك، أو لما يعلم من كثرة أيمانه بالطلاق، وأنها معه حرام، أو يتوسل إلى مالها ويتلفه، ولا يعترض هذا بالنكاح في ثاني حال؛ لأنا لا نمنع أجنبيّاً يعطي الزوج شيئاً على الخلع، وإن كان ذلك[1] يؤدي إلى حاجتها إلى زوج غيره.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب في الوصي يخالع عمن في ولايته بأقل من نصف الصداق قبل البناء على وجه النظر لفساد وقع أو ضرر بَيِّن: فذلك جائز عليها[2]. ولم يفرق بين بالغ ولا غيرها، وكذلك روى ابن نافع عن مالك أنه قال: لا بأس أن يبارئ الوصي عن يتيمته، وإن كان أبوها زَوَّجَها من قبل أن يوصي إليه[3].

قال الشيخ:[4] وهذا صواب؛ لأنه الناظرُ لها فيما يكون من مصالحها في نفس أو مال، فأي ذلك رآه صواباً فعله.

واختلف في السيد يخالع عن عبده أو أمته إذا كانا صغيرين، فروى ابن نافع عن مالك أنه أجازه، وأنكر ذلك سحنون[5]. وأرى أن يجوز ذلك في الأمة؛ لأنَّ الطلاق بيد الزوج، وقد كان للسيد أن ينتزع مالها، وإن كان ذلك الذي يخالع به من صداقها / فلا مقال للأمة فيه، وإنما المقال فيه للزوج مع بقاء العصمة بخلاف العبد؛ لأنه يتهم أن يفرغ عبده، فإن فعل رُفع الأمر إلى السلطان، فإن رأى أن ذلك حسن نظر للعبد مضى، وإلا رَدَّ.

(ب)
١/٣١٣

---

(١) قوله: (ذلك) سقط من (ث).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧١.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٣، ولفظه فيها: (وقال ابن نافع: قال مالك: لا أرى بأساً أن يبارئ الخليفة عن الصبية زوجها إذا كان أبوها هو الذي أنكحها إذا كان ذلك منه على وجه الاجتهاد والنظر لها على وجه المبارأة فيمضي ذلك).

(٤) قوله: (قال الشيخ) زيادة من(ح).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٢.

فإن خالع الأب على ابنته وضمن الصداق، فإن قصد بالضمان حَمْلَه وأن يؤديه عنه لزمه، فإن كانت الابنة بكراً أتبعته به، ولم يكن لها مقال على الزوج، وإن كانت ثيباً رشيدة كانت بالخيار بين أن تتبع به الأب أو تتبع الزوج، ويرجع الزوج على الأب[1]، وإن كان ضمان درك إن وجب لها قيام لم يكن لها شيء - إن كانت بكراً- لأنَّ خلعَ الأب جائزٌ عليها، وإن كانت ثيباً رشيدة كان لها القيام على أيهما أحبت، فإن رجعت على الزوج رجع الزوج على الأب، وإن رجعت على الأب لم يكن لها[2] رجوع على الزوج، وإن كانت سفيهة لم ترجع على أحد على المستحسن من القول؛ لأن خلع الأب جائز عليها.

فصل

[في اختلاع الأمة والمدَبَّرة والمكاتبة]

وإن اختلعت الأمة والمدبرة[3] من زوجها بغير إذن سيدها، مضى الطلاق ورُدَّ المال إلا أن يكون ذلك في مرض سيد المدبرة على القول إن السيد حينئذٍ يمنع من انتزاع المال فيوقف ذلك المال. فإن مات السيد صح الخلع، وإن صح رُدَّ المال، وكذلك أم الولد إن خالعت في صحة سيدها مضى الطلاق ورُدَّ المال، وإن خالعت في مرضه وقف المال، فإن مات صح للزوج[4] وإن صحَّ من مرضه بطل المال.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٣.

(٢) في (ب)، (ح): (له).

(٣) قوله: (والمدبرة) سقط من (ث).

(٤) قوله: (للزوج) في (ب): (الخلع).

وقال في المدونة في المكاتبة تخالع: ذلك جائز بإذن السيد[1]. وأرى إن خالعت بغير إذنه أن يوقف المال إذا كان لا ضرر عليها في وقفه في سعيها، فإن أدت كان للزوج وإن عجزت رُدَّ المال، وإن كان وقف المال يضعف سعيها رُدَّ إليها، ولم يكن للسيد إسقاطه على قول أشهب. وهو أحسن.

فإن أدت قام عليها الزوج بقبضه؛ لأنها قضت به دينها، وإن عجزت أتبعها به متى عتقت، وإن كانت معتقة إلى أجل.

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٤.




باب
في خلع المريض والمريضة

خلع المريض جائز وله ما أخذ من الزوجة، ويختلف في ميراثها منه؛ فقال مالك في المدونة: ترثه[١]. وقال محمد: لها الميراث في ماله وفيما اختلعت به[٢]؛ لأنه مما يورث عنه مثل سائر ماله.

قال مالك: وكذلك إذا ملكها في مرضه أو خيَّرها؛ فإنها ترثه[٣]. وهذا حماية لئلا يفر الأزواج بالميراث في المرض. قال مالك في غير المدونة: ولو جاز ذلك لأضر بعض المرضى بامرأته إذا كره أنْ ترثه فتفتدي منه[٤]. ويرى أنها التي كرهته.

وقال المغيرة فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه فحنث في مرضه: فإن كان بيّن المِلاء كان كالمطلق في المرض، وإن كان إنما طرأ له مال لم يعلم به حتى مات لم ترثه[٥]. فعلى هذا لا ترثه إذا خالعت في مرضه؛ لأن الخلع في المرض أبين في البراءة من التهمة في الطلاق من المرض؛ لأنَّ الخلع باختيارها ولها فيه مدخلٌ.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٤.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٥.
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٤.
(٤) انظر: المعونة: ١/ ٥٢٨.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٨.

فصل
[في خلع المريضة]

واختلف إذا اختلعت وكانت هي المريضة، قال ابن القاسم: له الأقل مما خالعها به أو قدر ميراثه منها[١]. وقال مالك في كتاب محمد: له من ذلك خلع مثلها فإن كان فيه فضل أخذ منه[٢]، يريد: الأقل مما خالع به أو خلع مثله. وقال أبو محمد عبد الوهاب: له ما خالعها عليه إذا حمله ثلثها[٣]. يريد: أن الطلاق كان بطوعه فسقط أن يكون وارثاً، وصح أن يأخذ من الثلث على أحكام أفعال المريض فيما لم يأخذ[٤] له عوضاً كهباته مع غير الوارث، ورأى مالك أنها معاوضة[٥]؛ لأنها اشترت نفسها، وما يملك منها بذلك فكان له[٦] معاوضة بغير محاباة. والأول أحسن؛ لأنه وارث فلا يزاد على ميراثه إن خالع على أكثر؛ لأنهما يتهمان أن يتحيلا لتعطيه فوق ميراثه، وكثيراً ما تترك الزوجة حينئذٍ صداقها؛ فيجب أن يراعى ميراثه منها، ولا يحط منه، إن كان أكثر من خلع المثل أو أكثر من ثلثها إذا كان قدر ميراثه منها[٧]؛ لأنه كان يستحق ذلك من تركتها، فهو يقول: لم أضر الورثة بشيء، ولم أرضَ بالفراق إلا على حظي من الميراث.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٥.

(٣) انظر المعونة: ٢/ ٨٧.

(٤) في (ث): (لم تأخذ).

(٥) انظر: المعونة: ١/ ٥٨٩.

(٦) في (ب): (لها).

(٧) قوله: (منها) زيادة من(ب).

واختلف بعد القول إن له مما خالع عليه قدر ميراثه، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: قدر ميراثه يوم مات[١]. وقال في العتبية: يوم خالع[٢]. والأول أصوب. ولو أعطى ذلك الآن، ثم تلف الباقي، كان هو الوارث دون بقية الورثة، أو نقص بإنفاق أو غيره، كان قد أخذ فوق ميراثه.

واختلف في وقف ما خالع عليه، فقال ابن نافع: يوقف. وقاله أصبغ في كتاب محمد، قال: ولا يمكن منه[٣]. فإن صحت أخذه، وإن ماتت كان له منه قدر ميراثه. وقال في كتاب طلاق السُّنَّة: يترك في يدها على حاله ولا تمنع من التصرف في مالها من بيع / وشراء أو نفقة بالمعروف[٤].

(ب) ٣١٣/ب

وأرى إن كان الخلع على دنانير أو دراهم ألا توقف، وإن كان عبداً أو داراً وقف ومنعت من بيعه والتصرف فيه، فإن صحت أخذه، وإن ماتت كان الورثة بالخيار بين أن يجيزوه له، أو يردوه ميراثاً؛ لأنهم شركاؤه فيه، ويكون على حقه في الميراث على الوفاء شائعاً - وإن كانت قيمة ما خالع عليه أقل من قدر ميراثه- لأن الزوج لم يترك الفضل إلا لغرض له[٥] في عين ما خالع عليه، وإن كان ذلك العبد أو الدار أفضل مالها[٦]؛ كان أبين في ردِّ الورثة.

قال محمد: وإن أوصت بوصية لم تدخل الوصية فيما خالعت به، ويخرج ما خالعت به من رأس المال، ثم تخرج الوصايا من ثلث الباقي[٧]. يريد: ثم يضم

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٥.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٩١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٦.

(٥) قوله: (له) سقط من (ح).

(٦) في (ح) و(ث): (ماله).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٦.

الباقي إلى ما وقف فيكون له قدر ميراثه منه، وهذا إذا كانت الوصية بجزء بالثلث أو الربع، وإن كانت بدار أو بعبد، فلم يحمله الثلث، جرت على قولين فيمن قال: إن الوصايا تدخل فيما لم يعمل به لا يعزل ما خالعت عليه.



باب
في الحضانة، ومن يستوجبها، ومتى تسقط؟

المراعى في الحضانة أربعة أوجه: **أحدها**: من له فيها حق، **والثاني**: ترتيب منازلهم إذا تنازعوا، **والثالث**: متى يسقط حق من له فيها حق؟ **والرابع**: إلى متى تكون الحضانة؟

الحضانة تختص بالأقارب من الرجال والنساء، ممن يُعلم منه العطف والحنان على ذلك الولد، وأحقهم عند التنازع من يعلم في مستمر[١] العادة أنه أشدهم له رحمة وأرقهم به، وأعطفهم عليه، ولا يخلو التنازع في الحضانة من أحد[٢] ثلاثة أوجه: إما أن يكون بين النساء بانفرادهن أو بين الرجال بانفرادهم، أو بين الرجال والنساء. فإن تنازعه النساء بانفرادهن[٣] فأحقهن الأم[٤]، ثم الجدة للأم، ثم جدة الأم لأمها، ثم الخالة. قال في كتاب محمد: ثم خالة الخالة، ثم الجدة للأب، ثم جدة الأب لأبيه، ثم الأخت، ثم العمة، ثم بنت الأخ[٥].

قال مالك في كتاب ابن حبيب[٦]: وليس لبنات الأخوات، وبنات الخالات، وبنات العمات مع هؤلاء[٧] من الحضانة شيء[٨]. يريد: مع العصبة

---

(١) في (ث): (مستقر).

(٢) قوله: (أحد) زيادة من(ب).

(٣) قوله: (بانفرادهن) زيادة من(ب).

(٤) قوله: (فأحقهن الأم) سقط من (ح).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٩.

(٦) في (ث): (محمد).

(٧) قوله: (مع هؤلاء) زيادة من(ب).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٠.

من الرجال، فإن عُدموا كن أحق من الأجنبيين، ثم ينظر[1] أقربهن به حناناً في مستمر العادة فتقدم، ولهذا قدم قرابة الأم على قرابة الأب للمعهود في ذلك، ولو علم من أحد ممن قدمناه قلة الحنان والعطف؛ لجفاء وقسوة في طبع، أو لأمر بينها وبين أم الولد أو أبيه، وعُلم من أحد ممن أخرناه الحنان والعطف؛ لقُدِّم على من علم منه القسوة وغير ذلك.

وفي تقدمة ابن القاسم جدة الأم على الخالة نظرٌ، وكذلك خالة الخالة على الجدة للأب وعلى الأخت[2]. والأظهر أن الأخت أعطف وأرأف بأخيها من خالة الخالة. وقال مالك في كتب المدنيين في رجل توفي وترك زوجته وابنته وأخاه فتزوجت الأم وأراد العم أن يضم بنت أخيه إليه، قال: ينظر الإمام في ذلك، فحيث رأى خيراً للابنة جعلها عند من هو خير لها. فأدخل في ذلك نظر الإمام، وهذا أصوب، فينبغي أن ينظر في كل نازلة حين نزولها.

فصل
[في ترتيب منازلهم إذا تنازعه الرجال]

وإن تنازعه الرجال فأولاهم الأب، ثم الأخ، ثم الجد للأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ثم المولى الأعلى، ثم المولى الأسفل، وهذا مع عدم الوصي، فإن كان وصيّاً قدم على سائر من ذكر من العصبة والموالي، فقدم الجد على ابن الأخ، وإن كان ابن الأخ مقدماً عليه في الولاء؛ لأن الجد أعظم حناناً، وعطفاً على ولد ولده من ابن الأخ على عمه، وقياساً على افتراق حكمهما في تغليظ الدية، وقدم الوصي؛ لأنه مقام باجتهاد الأب، ومن اجتهد فيه الأب لولده أولى.

---

(١) قوله: (ينظر) سقط من (ث).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٠.

ولو علم أن ذلك كان من الأب لشنآن كان[1] بينه وبين جد الولد أو أخيه، لقُدِّم على الوصي؛ لأنَّ عليهما في تربية غيرهما لولدهما معرَّة مع علمنا أن رغبة الأب عنهما[2] لم يكن لحسن نظر. ولو كان الشنآن بينه وبين عم الولد أو ابن عمه، لقُدِّم الوصي؛ لأنهما يتهمان في عداوته والإساءة إليه لعداوة الأب.

وإن اجتمع إخوة، واختلفت منزلتهم، فأحقهم الأخ الشقيق، ثم الأخ للأم، ثم الأخ للأب على اختلاف فيه هل له حق في الحضانة؟ وكذلك الأخوات إذا اجتمعن فأحقهن الشقيقة، ثم الأخت للأم.

واختلف في الأخت للأب؟ فقيل: لها حق في الحضانة. وروي عن مالك في كتاب المدنيين أنه قال في رجل توفي وترك غلاماً، وجارية، وأمهما شتى، فتزوجت أم الغلام، فقالت أخته: أنا آخذه وعلي نفقته، أو قالت: وأنفق عليه من ماله. قال: إذا تزوجت أم الغلام أخذه أولياؤه.

قال ابن القاسم: وليس للأخت في ذلك قول[3]. فلم يجعلا للأخت للأب حقّاً في الحضانة؛ لأن العادة جارية أن التعاطف والحنان بين الأخوين من الأم، والتباغض[4] والشنآن بينهما إذا كانا من أب لاختلاف ما بين أمهاتهن على ذلك يربون وينشئون، فإن تساوت منزلتهم فكانوا أشقاءَ أو لأم فأولاهم أقومهم، فإن تساووا فأسنهم، ولم أرَ للجد للأم في الحضانة نصّاً، وأرى له في ذلك حقّاً؛ لأن له حناناً وعطفاً، / ولهذا غلظت الدية فيه، وأسقط عنه القَوَدَ.

(ب) ١/٣١٤

---

(١) قوله: (كان) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (عنهما) سقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٩.

(٤) في (ح): (التناقش).

وقال النبي ﷺ في الحسن: «إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ»[1]. ولم يختلف أنه داخل في عموم قوله عز وجل: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء:٢٢]، وأن ابن البنت داخل[2] في عموم قوله جل ذكره: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾ [النساء:٢٣]. فإن انفرد كانت له الحضانة، وإن شاركه في ذلك أحد نظر أيهما أعطف وأرفق، ولا يعترض ذلك بكونه غير عاصب لتسليمهم للأخ[3] للأم، وتبديته على من له تعصيب كالأخ للأب والعم.

فصل
[في ترتيب منازلهم إذا اجتمع رجال ونساء]

وإن اجتمع رجالٌ ونساء، فإن لم يكن في الرجال أب بدئ بالنساء من كنَّ، ولا مدخل للرجال إلا بعد عدمهنَّ، وأما الأب فتبدى عليه أم ذلك الولد وجدته لأمه قولاً واحداً.

واختلف فيما سواهما على أربعة أقوال: فقال مالك في كتاب محمد: هو مقدم على الخالة ولم يقدم عليه إلا الأم والجدة للأم[4]، وجعله في المدونة مقدماً على الأخت إلى من بعدها[5]، ولم يرَ في كتاب ابن حبيب[6]: مدخلاً إلا بعد

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٩٦٢، في باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي رضي الله عنهما، من كتاب الصلح، برقم (٢٥٥٧).

(٢) قوله: (داخل) سقط من (ح).

(٣) قوله: (للأخ) سقط من (ث).

(٤) قوله: (للأم) سقط من (ب). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٩.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٩.

(٦) في (ح): (ابن سحنون).

عدم جميع[١] النساء[٢].

وقال ابن القاسم في كتاب المدنيين: تبدى عليه الخالة[٣]، ويبدى هو على أمه.

والأصل في تبدئة الأم على الأب قول النبي ﷺ للتي سألته قَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، فَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ مِنِّي، فقال لها: «**أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي**»[٤]. ونهيه ﷺ عن التفرقة بين الأم وولدها في البيع، وليس ذلك للأب، فدل ذلك على قوة سببها فيه على الأب في حال الصغر، ولأن المبتغى حينئذٍ حفظ الولد وصيانته والرفق به، ولا يختلف أن الأم أقوى على ذلك من الأب.

وأما الخالة فالأصل في تبديتها حسب ما تقدم حديث بنت حمزة: «تَنَازَعَ حَضَانَتَهَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، وَجَعْفَرٌ، وَزَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا آخُذُهَا وَهِيَ بِنْتُ عَمِّي. وَقَالَ جَعْفَرٌ: بِنْتُ عَمِّي وَخَالَتُهَا عِنْدِي. وَقَالَ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ: بِنْتُ أَخِي. فَقَضَى بِهَا رَسُولُ الله ﷺ لِخَالَتِهَا، وَقَالَ: «**الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ**»، وَقَالَ لِعَلِيٍّ: «**أَنْتَ مِنِّي وَأَنَا مِنْكَ**». وَقَالَ لِجَعْفَرٍ: «**أَشْبَهْتَ خَلْقِي وَخُلُقِي**». وَقَالَ لِزَيْدٍ: «**أَنْتَ أَخُونَا وَمَوْلَانَا**». أخرجه البخاري[٥].

---

(١) قوله: (جميع) سقط من (ب).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤١٣.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٩.

(٤) أخرجه أبو داود: ١/ ٦٩٣، في باب من أحق بالولد، من كتاب الطلاق، برقم (٢٢٧٦)، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده ٢/ ١٨٢: من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، برقم: (٦٧٠٧)، والحاكم في المستدرك ٢/ ٢٢٥: في كتاب الطلاق، برقم (٢٨٣٠)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٥) أخرجه البخاري: ٢ / ٩٦٠، في باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان وفلان بن فلان وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، من كتاب الصلح، برقم (٢٥٥٢).

وأما تقدمة النساء على الرجال الأب وغيره[1]؛ فلأن المعهود من القيام بالأطفال في التربية وسياستهم إلى النساء[2]؛ لما جُبلن عليه من ذلك، ولهنَّ من الصبر والابتذال فيما يحتاجون إليه ما ليس للرجال، ولأنه لا يخلو الأب أن يكون عزباً أو ذا زوجة، فإن كان عزباً كان الولد معه ضائعاً؛ لعجزه عن التربية، وإن تصرف بقي الولد ليس له[3] من يسوسه، وإن كان له أهل فإن المعروف أنه[4] يكله إلى زوجته، ومعلوم من زوجة الأب الجفاء والقسوة لربيبها، فكان الأخت والعمة أولى، إلا أن يكون الأب[5] ممن يلازم المسكن في غالب أمره فيكون أحق ما لم يغب، فإن سافر رد إلى الأخت والعمة، ولم يترك مع زوجة الأب.

فصل

[فيما يراعى في الحضانة]

يراعى في الحضانة ثلاثة أوجه[6]: صفة المسكن، وصفة من له الحضانة، وهل لها أو له زوج أم لا؟

فأما المسكن فيراعى فيه الحفظ والتحصين في وجه واحد في حضانة الإناث إذا بلغن الوطء، ولا يراعى في الذكران ولا فيمن لم يبلغ الوطء من الإناث، ثم مراعاته على وجهين: واجب واستحسان، فإن كانت الصبية

---

(١) في (ب): (الأم وغيرها).

(٢) انظر: المعونة: ١/ ٦٤٣.

(٣) في (ث): (معه).

(٤) قوله: (أنه) سقط من (ح).

(٥) قوله: (الأب) سقط من (ح).

(٦) قوله: (أوجه) زيادة من(ب).

موصوفة بالجمال، أو في موضع كثير الفساد، كان مراعاة حفظ المسكن واجباً، وإلا كان استحساناً[١].

وأما صفة من له الحضانة فيتصرف إلى وجوه، وتنحصر إلى أربعة أوجه[٢]: إلا أن تكون عاجزة عن القيام بالمولود، ولا يخشى أن يدخل عليه ضرر ولا فساد في طباع ولا بدن ولا معيشة.

قال ابن المواز فيما يسقط حقها: إن كانت تضعف عنهن، أو سقيمة، أو مسنة، أو سفيهة[٣]. فأما ضعفها فإن كانت زمنة أو مقعدة، أو بلغ بها السقم أو السن إلى لزوم الفراش، أو تتصرف على مشقة، فلا حق لها، وإن كانت تتصرف على غير مشقة[٤] كانت على حقها.

والسفه على أربعة أوجه: سفه في الدين؛ لأنها غير مأمونة يغمض عليها في طُرُق يُظنُّ بها فيخاف أن تدخل على من تحضنه فساداً إن كانت صبية، أو ينشأ على ما لا يرضى إن كان صبياً. وسفه في العقل: أن تكون ذات طيش وقلة ضبط لا تحسن القيام ولا أدبَ من تحضنه فيخاف أن ينشأ الولد على مثل حالها، وسفه في المال: فيما تقبضه من أجرة الحضانة[٥] تبذره بالإنفاق قبل انقضاء الأمد الذي يفرض له[٦] أو تحوز فيه؛ فهؤلاء لا حقَّ لهنَّ في الحضانة، وسفيهة مولى عليها ذات صيانة وقيام، غير متلفة للقدر الذي تقبضه، فهي على حقها في الحضانة.

---

(١) في (ث): (استحبابا).

(٢) قوله: (أوجه) زيادة من(ح).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٠.

(٤) قوله: (فلا حق لها، وإن كانت تتصرف على غير مشقة) سقط من (ث).

(٥) قوله: (من أجرة الحضانة) زيادة من (ب).

(٦) في (ح) و(ث): (يعرض فيه).

وأما الضرر في البدن فالجذام والبرص، فإن كان خفيفاً لم يمنع، وإن كان متفاحشاً منعت؛ لما يدرك الولد من المضرة برؤيته، واحترازاً ممن يقول إنه يخشى حدوث مثله بالولد، وإن كانت تجنُّ في بعض الأحايين، ويخاف أن يدرك / الولدَ رعبٌ في حين يعرض لها أو ضيعة، منعت.

(ب) ٣١٤/ب

وإذا كانت الحضانة إلى الرجل رُوعِي مثل ذلك فيمن يتولى الحضانة من نسائه؛ أعني في القيام ودفع المضرة. وقال في المدونة: رُبَّ أَبٍ شرِّيب[1] سكِّير يذهب يشرب، ويترك ابنته، أو يدخل عليها الرجال، فهذا لا يُضم إليه شيءٌ. قال ابن القاسم: وينظر لها السلطان[2]، ويراعى في المرأة إذا كانت الحضانة إليها مثل ذلك، وهل تكثر التصرف وتترك الولد؟

فصل

[فيما يثبت به حق النساء والرجال في الحضانة، وسقوطه]

• حضانة المرأة تصح تارة بشرط عدم الزوج، وتارة مع وجوده، ومِن شرْط مَن له الحضانة من الرجال وجودُ الأهل؛ زوجة أو سرية، وهذا في الذكران. وأمَّا الإناث فحق الأولياء في حضانتهنَّ على ثلاثة أقسام: ثابت، وساقط، ومختلف فيه، فيثبت لكل من بينه وبينهن محرم كالأخ وابن الأخ والجدِّ والعم، ويسقط في كلِّ من ليس بذي محرم إذا كان غير مأمون أو مأموناً لا أهل له؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا مَحْرَمٌ**»[3].

واختلف إذا كان مأموناً وله أهلٌ، فقال مالك في كتاب محمد في الصبية تتزوج أمُّها، ولها جدٌّ أو عمٌّ؛ لهما أن يأخذاها، فأما الوصي فليس بينه وبينها

---

(١) قوله: (أَبٍ شريب) في (ث): (شريف)، وفي (ب): (شريب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٨.

(٣) سبق تخريجه في كتاب الصيام، ص: ٨٢٣.

محرم، وتكون مع زوج أمها؛ لأنه صار ذا محرم منها إلا أن يخاف عليها عنده فيكون الوصي أولى[(١)]. وقال أصبغ في العتبية: الوصي[(٢)] أولى من الأم إذا تزوجت، ومن العم والأخ بالإناث، وإن كن قد بلغن أبكاراً، والأولياء إذا لم يكن بينهم وبينها محرم كالأوصياء[(٣)].

وقول مالك أصوب؛ لأنه لا ينفك من أن[(٤)] تكون في كفالته أن يطلع منها على ما لا يحل؛ لأن طول الصحبة والتربية تسقط التحفظ، وهذا فيمن بلغ منهن حد الوطء، وفيمن كان صغيراً نظر، فيصح أن يقال: يكفلها الوصي والولي إلى أن تبلغ حد الوطء فتنتزع منه[(٥)].

ويصح أن يقال: يمنع ذلك لما عليها من التنقل من قوم إلى قوم، ويشق عليها نقلها عمن ألفته. وما ذكر في أول الفصل أن من شرط الرجل في الحضانة أن يكون له أهل هو قول مالك في مختصر ابن عبد الحكم إذا تنازع الولدَ الأبُ والخالةُ، فقال: الأبُ[(٦)] أولى إذا كان عنده من يحضنه[(٧)]؛ فراعى أهله[(٨)] لأنهن العمدة في القيام بالأطفال وبخاصة[(٩)] الإناث، والغالبُ من الأب التصرف، فإذا لم يكن له من يخلفه فيهم ضاعوا.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦١.

(٢) قوله: (وقال أصبغ في العتبية: الوصي) سقط من (ح).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١١٩.

(٤) قوله: (أن) زيادة من (ح).

(٥) قوله: (منه) زيادة من (ب).

(٦) في (ح): (الوالد).

(٧) نقل هذا القول في النوادر والزيادات عن العتبية، ولم أقف عليه معزوًّا لمختصر ابن عبد الحكم، انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٣، والبيان والتحصيل: ٥/ ٤١٣.

(٨) في (ث): (أهلها).

(٩) في (ب): (أو بحضانة).

فصل
[في حضانة المرأة ذات الزوج]

وإذا كانت الحضانة إلى امرأة ذات زوج فإنه لا يخلو الزوج من أربعة أوجه: إمَّا أن يكون من الولد وليّاً محرماً، أو غير محرم، أو وصيّاً، أو أجنبيّاً، فإن كان أحد الأولياء لم يسقط حظها[1] في الحضانة، ويسقط مقال الأب والوصي وبقية الأولياء كان الولي مثل الزوج في القعود[2] أو أقرب.

وإن كان الزوج وصيّاً سقط مقال بقية الأوصياء والأولياء وإلى هذا ذهب ابن القاسم في كتاب محمد[3]، وهو الذي يقتضيه قوله في المدونة إذا كان الزوج جد الصبيان[4]، فإن تزوجت الأم العمَّ، فأراد العم الآخر أخذه قيل له: كونه مع عمه وأمه أولى من عمٍّ زوجته أجنبية، وإن كانت الحضانة إلى الخالة وزوجها عم الولد، فأراد الأب أخذه، قيل له: كونه مع خالته وعمه أحسن له من كونه عندك وزوجتك أجنبية، والمعروف منها الجفاء وقلة العطف عليه، والغالب من الأب أنه يكله إليها.

فإن تزوجت الأم ابن عم الصبية لم ينزع منها؛ لأن الوليَّ تقع الحرمة بينه وبين الصبية بنفس دخوله بالأم، فاجتمع فيه الولاية والتحريم، وإن كانت الحضانة إلى الخالة، وزوجها ابن عم الصبية، انتزعت إذا كانت الحضانة[5] بعدها إلى خالة أو أخت غير ذات زوج، أو إلى وليٍّ محرم؛ كالأب والجدِّ والعم.

---

(١) في (ب): (حقها).

(٢) في (ث): (العقود).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٢.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٠.

(٥) قوله: (الحضانة) سقط من (ب).

ويصح بقاء حق المرأة في الحضانة، وإن كان الزوج أجنبياً، وذلك في ست مسائل: أن تكون وصية على اختلاف في هذا الوجه، أو يكون الولد رضيعاً لا يقبل غيرها، أو يقبل غيرها، وقالت الظئر: لا أرضعه إلا عندي؛ لأن كونه في رضاع أمه - وإن كانت ذات زوج - أرفق به من أجنبية يسلم إليها، وإن كانت الظئر ذات زوج كان أبين، أو كان من إليه الحضانة بعدها غير مأمون أو عاجزاً عن الحضانة أو غير ذلك من الأعذار، أو يكون الولد لا قرابة له من الرجال ولا من النساء، قال سحنون: فيترك مع أمه.

واختلف عن مالك إذا كانت الأم وصية فتزوجت، فقال مرة: إن جَعلت لهم بيتاً يسكنونه ولحافاً وطعاماً وما يصلحهم، لم ينتزعوا منها، إلا أن يخشى عليهم فينتزعوا[1][2]، وقال أيضاً: ما آمن أن ينتزعوا منها؛ لأن المرأة إذا تزوجت غُلبت على جُلِّ أمرها حتى تفعل ما ليس بصواب[3]، وولاتهم يقولون ليس لها أن تدخل عليهم رجلاً فما أخوفني إن تزوجت أن ينتزعوا منها.

فصل

[في أن التقدمة في الحضانة ليست واجبة، وإنما هي على الخيار]

وكل من ذكر أنه مقدم في الحضانة فليس ذلك بواجب عليه وهو بالخيار، والتقدمة في ذلك من باب أولى؛ لأنَّ لكلٍّ حناناً وعطفاً ما خلا الأم، فإنه يختلف هل تجبر؟ وقد تقدم في الأم تخالع على طرح / ولدها للأب، وكل امرأة سقط حقها لسبب ثم زال ذلك[4] السبب فهي على حقها إذا كان سقوطه بغير

(ب) ٣١٥/أ

---

(١) قوله: (فينتزعوا) زيادة من (ب).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ٤٥٥.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٣/ ٥١.

(٤) قوله: (ذلك) سقط من (ب).

اختيارها مثل: أن تكون مريضة فبرئت، أو ذات زوج في حين وجوب الحضانة، ثم طلق، أو مات، أو سافرت لحجة الفريضة، أو سافر بها زوجها، وهو جد الصبيان أو غيره من الأولياء غير طائعة ثم قدم، أو ما أشبه ذلك مما يتبين فيه عذرها، إلا أن يكون الولد قد ألف من هو عندها ويشق عليه النقلة، أو يدخل عليه في ذلك مضرة، فلا ينقل.

قال مالك في كتاب محمد: إذا تركت ولدها من عذر؛ مرضت أو انقطع لبنها أو جهلت أن ذلك لها، فلها انتزاعه[١]، وإن كان سقوط ذلك باختيار لم يرد ما خلا الأم؛ فإنه قد اختلف عن مالك[٢] فيها، فقال في المدونة: لا يرد إليها إن طلقت[٣]. وذكر[٤] أبو محمد عبد الوهاب أنه قال[٥]: يرد إليها[٦].

فإن كان للولد أبوان، وجدة، وأخت، فتزوجت الأم وأخذته الجدة، ثم أحبت الجدة أن تسلمه للأخت، وأَبَى ذلك الأب كان ذلك له؛ لأنه أقعد من الأخت، وإن أمسكته ثم طلقت الأم، فقالت: أنا أرده إلى أمه، لم يكن للأب في ذلك مقال؛ لأنه نقل إلى ما هو أفضل له. قال في كتاب محمد: فإن تزوجت الجدة وطلقت الأم لم يكن لها أن تأخذه وأخذه الأب، وعلى القول الآخر تكون الأم أحق به من الأب[٧].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٣.

(٢) قوله: (عن مالك) سقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٨.

(٤) في (ب): (وقال).

(٥) قوله: (أنه قال) سقط من (ب).

(٦) انظر: المعونة: ١/ ٦٤١.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٢.

فصل

[في حضانة الكافرة، وأم الولد]

اختلف في حضانة الكافرة[١]، فقال في المدونة في الأم تكون يهودية، أو نصرانيةً، أو مجوسيةً: لها الحضانة، وإن خيف أن تغذيهم الخمر ولحوم الخنازير ضمت إلى المسلمين[٢]، وبه قال سحنون في العتبية في الجدة والخالة[٣]، وقال ابن وهب في كتاب محمد: لا حق للأم النصرانية؛ لأن الأم المسلمة إذا كانت يثنى عليها ثناء سوء، نزعوا منها، فكيف بنصرانية![٤]. وهذا أحسن وأحوط للولد، وليس حفظ الأب فيها تدخل الأم على الولد، وهي في العصمة مثل المطلقة؛ لأنَّ الأب مع بقاء العصمة مترقب لما يجري في داره وبيته مع ما يخشى عند انقطاعه إليها أن تقذف في قلبه شرّاً فيعتقده ويتدين به.

واختلف في أم الولد تعتق، فقال مالك في المدونة: هي بمنزلة الحرة[٥]. وقال ابن وهب في كتاب محمد: لا حضانة لها. قال[٦]: وإنها ذلك للحرة يطلقها زوجها[٧]. والأول أحسن.

---

(١) قوله: (اختلف في حضانة الكافرة) سقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٠.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤١٣، والنوادر والزيادات: ٥/ ٦٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٩.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٢.

(٦) قوله: (قال) سقط من (ب).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦١.

فصل
[إذا لم تتوافر الحرية في الوالدين أو أحدهما، والولد حرٌّ]

الحضانة بين الوالدين والولد على ما تقدم ذكره إذا كان الأبوان والولد أحراراً. فإن كان الأب[١] عبداً والولد حرّاً، فتزوجت الأم وهي حرة أو أمة، لم يكن للأب أن ينتزعه منها. قال ابن القاسم في كتاب محمد: إلا أن يكون مثل العبد القيم بأمر سيده أو التاجر الذي له الكفاية والمال؛ فيكون أولى بولده إذا تزوجت الأم، وأما العبد الذي يُخارج في الأسواق ويبعث في الأسفار؛ فلا[٢]. وعلى قول مالك إن لم تكن أم وكانت جدة أو خالة مملوكة، ورضي من له الملك فيها بكفالة الولد، يكون ذلك لهما، وهما أحق به من الأب إذا كان عبداً[٣].

وإن كان الأب والولد حرَّين والأم أمة كانت أحق به إلا أن يظعن بها سيدها. قال محمد: أو تتزوج[٤]. وفيه نظر؛ لأن الغالب من الأمة أنها مقهورة بأعمال ساداتها، وقد منعت الأم الحرة إذا تزوجت لما يتعلق بها من حق الزوجية فكيف بالأمة؟!

وقال مالك في مختصر ما ليس في المختصر: إذا أعتق الصغير وأمه مملوكة وأمها حرة فتنازعاه، فأمه دنية أحق به؛ إلا أن يكون مضرّاً به[٥]. وقوله "مضرّاً

---

(١) في (ح): (الوالد).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٤٤.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٨.

(٤) في (ب): (يتزوج). انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٢، وعزاه ابن أبي زيد للإمام مالك، ولفظه فيها: (قال مالك في حر طلق زوجته الأمة فيعتق ولده، وله جدة حرة، فالأم أحق به إلا أن تباع أو تنكح أو يظعن الأب).

(٥) في (ب): (تكون مضرًّا بها).

به[١] "جنوح منه إلى النظر فيمن كان في الرق، وإنما رأى إذا أعتق الولد دون الأم أو الجدة[٢] أو الأم دون الولد، ألا ينتزع وإن تزوجت الأم؛ لأنَّ في[٣] ذلك تفرقة بينها وبين ولدها وقد يباع الرقيق منهما ويطعن به مشتريه وحكم العبدية في التفرقة خلاف الحكم في الأحرار؛ إلا أن تجتمع الحرية في الابن والأب، فيسقط حكم الأم في التفرقة[٤].

فصل

[إلى متى تكون الحضانة؟]

اختلف عن مالك في أمر الحضانة للذكران، فقال في المدونة: الاحتلام[٥]. وقال ابن شعبان: يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن. وقال في مختصر ابن عبد الحكم وأبي مصعب: الإثغار[٦]. وقال أبو الحسن بن القصار: قول مالك في الذكر أن الإثغار يسقط حضانة الأم، ويملك حضانة نفسه.

وهذا يشبه قول الشافعي أنه يُخَيَّر بين أن يكون عند أبيه أو أمه بمنزلة لو بلغ[٧]، وليس قوله بالبين؛ لأنَّ مالكاً لم يقل يملك حضانة نفسه بعد الإثغار،

---

(١) في (ب): (بها).

(٢) قوله: (أو الجدة) زيادة من(ح).

(٣) قوله: (في) زيادة من(ث).

(٤) قوله: (في التفرقة) سقط من (ث).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٨.

(٦) قوله: (وقال ابن شعبان: يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن. وقال في مختصر ابن عبد الحكم وأبي مصعب: الإثغار) في (ح): (وفي مختصر ابن عبد الحكم قال ابن شعبان: يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن. وأبو مصعب: الإثغار). وفي (ب): (وقال ابن شعبان: إذا احتلم الغلام صحيح العقل والبدن. وقال في مختصر ما ليس في المختصر عن مالك وأبي مصعب: الإثغار). وانظر: المنتقى، للباجي: ٨/ ١٥٠.

(٧) انظر: عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب: ٣/ ١٤٠٥.

وإنما أراد أن للأب أن يأخذه حينئذٍ فيصح أن يسقط حق الأم في الحضانة بالإثغار، ولا يخير الولد؛ لأنه لم يرشد، وللأب أو وليه أن يضمه إليه من غير خيار، غير أن التخيير في مثل ذلك أحسن؛ لأنا نجد الأولاد مختلفين فمنهم من يركن إلى الأم، ومنهم من يركن إلى الأب، وفي منعه ممن هو متعلق النفس به مضرة عليه، وقد روى الترمذي عن النبي ﷺ حديثاً حسن السند: «أَنَّهُ خَيَّرَ غُلامًا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ»[١].

وأما الإناث فالأم أحق بحضانتهن ما لم يتزوجن، ويدخل بهن، وكذلك / كل من له حق في حضانتهن من النساء.

(ب) ٣١٥/ب

ولا أرى أن تخير البنت في الانتقال عن الأم إلى الأب؛ لأنها أصون لها، وقد تخير إذا كانت عند غير الأم. وقال مالك في كتاب المدنيين في رجلٍ أوصى بابنته إلى رجل، وللبنت عمة وجدة من قبل الأب فلم تطلبها الجدة، وكانت عند العمة فتزوجت العمة قبل بلوغ الجارية فطلبتها الجدة وأبت الجارية وأحبت أن تقر مع العمة قال: تترك عندها إذا أحبت الجارية[٢]. وهذا نحو ما ذهب إليه القاضي أبو الحسن بن القصار أن الولد يخير بين أبويه.

فصل
[في الانتجاع بالولد]

الانتجاع بالولد إلى الرجال؛ الأب[٣]، والوصي، والأولياء، وذلك بستة

(١) أخرجه الترمذي: ٣/ ٦٣٨، في باب تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، من كتاب الأحكام، برقم (١٣٥٧)، وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه: ٢/ ٧٨٧، في باب تخير الصبي بين أبويه، من كتاب الأحكام، برقم (٢٣٥١).
(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٩٣.
(٣) انظر: النوارد والزيادات: ٥/ ٦٥.

شروط: وهو أن يكون الخروج على وجه الانتقال والسكنى وإلى بعدٍ عن موضعه الآن، وإلى قرار وإلى أمن، وأن يكون الولد والذي ينتجع به حُرين، وإن كان الخروج به[١] على وجه السفر والعودة، أو على وجه[٢] الانتقال إلى قرب من المكان لم ينتزع ممن هو عنده من النساء، وإن أرادت الأم الخروجَ به إلى مثل ذلك القرب لم تمنع.

واختلف في حد القربِ الذي يمنع الأب أو الولي الانتقال به ولا تمنع المرأة من الخروج به، فقال في المدونة: البريد ونحوه قريب حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم[٣]. وقال أصبغ في كتاب محمد: في الكِرْيَوْن[٤] موضع[٥] من الإسكندرية[٦]، وهو يريد أن ليس للأم أن تنتجع بولدها إليه[٧]. وقال أشهب: في ثلاثة بُرُد هو بعيد. وقال مالك[٨]: مسيرة يوم قريب[٩] للأم أن تخرج بالولد إليه. وقال مرة: حدُّ البعد مرحلتان. وقال أيضاً: إذا كان موضعاً لا ينقطع خبرهم فهو قريب[١٠]، من غير أن يحده بأميال، وهو أبين، فربَّ بعيدٍ لا ينقطع خبر الولد منه، واستعلام حاله؛

(١) قوله: (به) زيادة من(ح).

(٢) قوله: (وجه) زيادة من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٩.

(٤) انظر: معجم البلدان: ٣/ ٤٨١، نصه: (كريونُ: بكسر أوله وسكون ثانيه، وفتح الياء المثناة من تحتها وواو ساكنة ثم نون، اسم موضع قرب الاسكندرية أوقع به عمرو بن العاص أيام الفتوح بجيوش الروم).

(٥) قوله: (موضع) زيادة من(ب).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٥، وقوله: (الكريون) تصحفت في نسخة النوادر إلى: (الكربون).

(٧) قوله: (إليه) سقط من (ث).

(٨) قوله: (مالك) سقط من (ث).

(٩) في (ب): (قليل).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٥.

لكثرة ترداد أهله بين الموضعين، ورُبَّ قريب ينقطع فيه معرفة حالة الولد؛ لقلة التصرف فيما بين الموضعين، فيكون له حكم البعيد، ويمنع من الانتجاع بالولد إلى موضع غير مأمون، وبخاصة الإناث وإلى غير قرار.

وقال مالك فيمن طلق زوجته وله منها ولد صغير فأراد أن ينتقل إلى البادية من الموضع: فليس له أن يأخذ ولده.

والانتجاع للأب بالولد إذا كانا حُرَّين؛ الأب والولد، فإن كان أحدهم عبداً؛ الأب أو الولد أو الأم، لم يكن للأب أن ينتجع به؛ لأنه إن كان الولد عبداً كان الانتجاع به إلى سيده، وتتبعه الأم إن أحبت، وإن كان الأب عبداً والابن[1] حرّاً كان الانتجاع به إلى أمه؛ حرة كانت أو أمة. وهذا ظاهر قوله في المدونة، قال: لأن العبد ليس له مسكن ولا قرار، وإنما تسافر به ويباع[2]. وقال في غير المدونة: إلا أن يكون الموضع القريب؛ البريد ونحوه[3]. ولابن القاسم في سفر العبد بزوجته مثل ذلك ليس له أن يظعن بزوجته إلا إلى الموضع القريب مثل بعض الريف[4].

فصل
[في شروط انتجاع الوصي والولي]

للوصي أن ينتجع بمن في ولايته من الذكران وإن كره الأولياء، وللأوصياء وللأولياء أن ينتجعوا بالإناث إذا كنَّ في حضانتهم قبل ذلك،

---

(١) في (ب): (الولد).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٠.

وذلك إذا كان بينهن وبينهم محرم، فإن لم يكن محرم، وكان غير مأمون أو مأموناً وهو[1] عزب، لم يكن له حق في الحضانة في المقام ولا في السفر بها.

ويختلف إذا كان مأموناً وله أهل إلا أن تكون الصبية لا أهل لها إن خلفت؛ فيكون للوصي والولي أن يسافر بها إذا كان مأموناً وله أهل، وإلا منعهم السلطان من السفر بها وكان هو الناظر لها، وكذلك الأم لها أن تسافر بولدها إن لم يكن له أهل أو كانت هي الوصية عليه ولم تتزوج[2].

ويختلف إذا تزوجت فعلى أحد قولي مالك؛ أنه لا ينتزع منها مع المقام يكون لها أن تسافر به، وقال أبو مصعب: إذا تزوجت وهي وصية لم تخرج به إلى موضع قريب ولا بعيد إلا بإذن الأولياء.

فصل
[في نفقة المحضون وكسوته وكيف يقضى فيها]

لِـمَن الولد في حضانته من أم أو غيرها أن يأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة، أو كسوة وغطاء ووطاء، فإن قال الأب: تبعثه إليَّ يأكل عندي ثم يعود إليك -لم يكن[3] ذلك له؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى من هو في حضانته؛ لأن الأطفال لا ينحصر[4] الوقت الذي يأكلون فيه وأكلهم مفترقٌ[5]، وذلك يؤدي إذا جاع أن تطعمه حاضنته من عندها، ولا تتركه

---

(١) في (ث): (وهم).

(٢) في (ث): (ولم يتزوج).

(٣) قوله: (يكن) سقط من (ث).

(٤) في (ح)، (ث): (لا يتحصل).

(٥) في (ب): (متفرق).

فتتكلف منه ما لا يلزمها أو تتركه فيضيع، وبخاصة في الإناث؛ لأن كثرة ترددهن يؤدي إلى الإخلال بصيانتهن.

واختلف في أجرة سكنى الولد على أربعة أقوال: فقال في المدونة: على الأب السكنى[١]. وقال يحيى بن عمر: السكنى على قدر الجماجم[٢]. وقال: وروي أيضاً ألا شيء على المرأة فيما كان أبوه موسراً. وقال سحنون في كتاب ابنه: ذلك عليهما وليس يكون نصفين، ولكن على قدر ما يرى ويجتهد[٣]. وأرى أن تجري المسألة على ثلاثة أوجه: فإن كان الأب في مسكن يملكه أو بكراء ولو كان ولده معه لم يتزيد عليه في الكراء، ألا شيء على الأب؛ لأنه كان في مندوحة عن دفع الأجرة عن سكناه. وإن كان يتزيد عليه في الكراء وعليها هي لأجل الولد كان عليه[٤] الأقل مما يتزيد عليه أو عليها لأجله، فإن كان ما زيد عليها أقل أخذته؛ لأنه القدر الذي / أضرها به[٥]، وإن كان مما يتزيد عليه أقل غرمه؛ لأنه مما لم يكن له منه بدٌّ لو كان عنده.

(ب) ٣١٦/أ

واختلف في خدمته إياه، فقال في المدونة: إن كان لا بد للولد من خادم لضعفهم عن أنفسهم والأب يقوى على الإخدام أخدمهم[٦]. وقال ابن وهب في الدمياطية: ليس عليه أن يخدمهم. قال: وبذلك قضى أبو بكر على عمر رضي الله عنهما دفع الولد إلى الجدة، وأمره بالإنفاق عليه[٧]. وأرى أن يعتبر في الخدمة نحو ما

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٢.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٨.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٨.
(٤) في (ب): (عليها).
(٥) في (ب): (أضر بها).
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦١.
(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦١، والنوادر والزيادات: ٥/ ٥٨.

تقدم في الإسكان، فإن كان الولد، لو كان في جملة الأب، لم يُقم لها خادماً فلا شيء عليه، وإلا أقام لهم من يخدمهم، فقد يكون للأم خادم تخدمها، وخدمة الولد غير منفصلة من خدمة الأم، فلا يكون لها شيء، فإذا كان الطبخ والعجن والغسل في جملة الأم[1] لم يضرها الولد بشيء إلا أن يكونوا عدداً فيكون على الأب أن يخدمهم لعظم مؤنتهم.

وأما الغطاء والوطاء فعلى الأب ما يحتاجون إليه من ذلك، وإن كان مبيتهم في جملة الأم كان عليه بقدر ما ينوبهم، وإن لم يكونوا في جملتها أقام لهم ما يحتاجون إليه من ذلك. وإن بلغ الولد حد من لا يجوز له أن يبيت متعرياً مع الأم أقام لهم ما يحتاجون إليه من ذلك لانفرادهم.

فصل
[في هل للأم أجر لحضانتها؟]

وإذا كان الولد يتامى كان للأم أجر الحضانة إذا كانت فقيرة والولد مياسير؛ لأنها تستحق النفقة في ماهم لو لم تحضنهم.

واختلف إذا كانت موسرة، فقال مالك: لا نفقة لها. وقال مرة: لها النفقة إذا قامت عليهم بعد وفاة الأب. وقال أيضاً: تنفق بقدر حضانتها إذا كانت لو تركتهم لم يكن لهم بدٌّ من حضانة، فجعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة[2].

وأرى إن هي تأيمت لأجلهم، وكانت هي الخادمة، والقائمة بأمرهم - أن تكون لها النفقة، وإن كانت أكثر من الأجرة؛ لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى

(١) قوله: (الأم) سقط من (ث).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٥.

من ينفق عليها، فكان من النظر للولد كونهم في نظرها وخدمتها.

وإن لم تكن تأيمت لأجلهم، أو كانت في سن من لا يتزوج، كان لها الأجرة وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يقوم بخدمتهم وإنما هي ناظرة فيما يصلح الولد فقط، لم أر لها شيئاً.



باب
في نفقة الأب على الولد، والولد على الوالدين

الأصل في نفقة الأب على الولد في حال الصغر قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾. فأوجب على الأب أن يشتري له ما يكون طعاماً له حينئذٍ، فكذلك يجب عليه إذا انتقل طعامه إلى أكثر من ذلك. وقال النبي ﷺ لهند: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**» أخرجه البخاري ومسلم[1].

والنفقة لازمة في الذكران حتى يحتلموا، والإناث حتى يتزوجن ويدخل بهنَّ، وقد تسقط النفقة قبل ذلك، وتثبت بعده على اختلاف في ثبوتها بعد؛ فأما سقوطها قبل فيصح بوجهين: أحدهما: يسر الولد، والآخر: صناعة تكون له. فإن كان له مال كان الإنفاق من ذلك المال، فإن نفد قبل بلوغ الذكران، أو دخول الإناث، عادت النفقة.

وإن كان للصبي صناعة لا تدركه بعملها معرَّة، تقوم منها نفقته وكسوته، سقطت النفقة عن الأب إلا أن تكسد أو يمرض فتعود نفقته[2]، وكذلك الصبية إن كان لها صناعة رقم أو غيره لا يدركها بعملها معرة تقوم منها نفقتها وكسوتها، سقطت النفقة عن الأب إلا أن تمرض أو تكسد[3]. وإن بلغ الصبي صحيحاً قويّاً على الكسب سقطت نفقته.

واختلف إذا كان زمِناً؛ أو أعمى، أو مقعداً، أو ما أشبه ذلك على ثلاثة أقوال؛ فقال ابن القاسم: إن بلغ على ذلك لم تسقط النفقة عن الأب، وإن طرأ

---

(١) سبق تخريجه في كتاب النكاح الثاني، ص: ٢٠١٩.

(٢) قوله: (نفقته) زيادة من(ب).

(٣) قوله: (تقوم منها... أو تكسد) زيادة من(ب).

ذلك عليه بعد البلوغ لم تعد النفقة على الأب[١]. وقال ابن وهب في كتاب محمد: لا نفقة له بلغ على ذلك أو طرأ عليه[٢]. وذكر ابن الجلاب عن ابن الماجشون أن النفقة لازمة للأب بلغ على ذلك أو حدث بعد[٣]. وهو أحسن؛ لأن النفقة قبل البلوغ لم تكن بحال الصغر بانفراده، وإنما كانت لعجزه عن التكسب والسعي، بدليل أنه لو كان له حينئذٍ مال أو صنعة تقوم بنفقته لسقطت النفقة عن الأب، ولا تسقط إذا كان لا يقدر على السعي، قيل: إلا من التكفف؛ لأن في ذلك معرة عليه.

وكذلك إذا كان بالغاً، وقياساً على نفقة الابن على الأب إذا عجز عن النفقة على نفسه إلا من التكفف والسؤال، فإن على الابن الإنفاق عليه وصيانته عن التبذل بمثل ذلك.

وإذا دُخل بالصبية ثم طلقت لم تعد النفقة على الأب إذا كانت صحيحة قادرة على القيام بنفسها من غير السؤال. وقال محمد: إن دخل بها وهي زمنة ثم طلقت؛ عادت نفقتها على الأب[٤]. وتعود النفقة على قول عبد الملك إذا حدثت الزمانة بعد الطلاق، وكذلك إن كانت غير زمنة وعجزت عن القيام بنفسها؛ إلا من التكفف[٥] فعليه الإنفاق عليها، وهي في ذلك أقوى من الصبي؛ لأن معرتها أشد وهي إلى الحفظ[٦] والصيانة /أحوج، ولا تسقط

(ب)
٣١٦/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٧.

(٣) انظر: التفريع: ٢/ ٦٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٧.

(٥) قوله: (وكذلك إن كانت غير زمنة وعجزت عن القيام بنفسها؛ إلا من التكفف) سقط من (ح).

(٦) في (ب): (التحفظ).

النفقة لاختلاف الدينين إذا كان الأب كافراً وهما مسلمان، أو هو مسلم وهما كافران، وهم في ذلك كالمسلمين؛ لأنه حكم بين نصراني ومسلم، فيحكم بينهما بحكم المسلمين.

فصل
[في النفقة إذا كان الأب والابن أحدهما ليس حرّاً]

النفقة جارية بين الأبوين والابن إذا كانوا أحراراً، فإن كان أحدهما عبداً لم يلزم، ولا يلزم الأب الحر النفقة على ولده العبد؛ لأن ولده مالٌ لغيره ونفقته على سيده، فإن عجز كان عليه أن يبيعه ممن يقوى على الإنفاق عليه، وكذلك إذا كان الابن حرّاً والأب عبداً لم يلزم الأب أن ينفق على ولده؛ لأن ماله لسيده ولا للابن أن ينفق على أبيه؛ لأن نفقة أبيه على سيده. ولو كان الابن معتقاً إلى أجل كان حكمه حكم العبد، فلا نفقة على واحد منهما للآخر إذا كان حرّاً.

وأما المكاتب فالجواب فيه على أربعة أقسام: فيلزمه النفقة على ولده إذا كان من أمته أو من زوجة معه في كتابته فينفق عليه وعليها، ولا تلزمه إن كان من حرة أو مكاتبة ليست معه[١] في كتابته فيلزمه[٢] أن ينفق على زوجته وتنفق هي[٣] على ولدها. وإن كان الأب حرّاً والولد معتقاً بعضه، وعجز الولد عن القيام بنفسه، أنفق السيد بقدر ما يملك منه، والأب بقدر ما أعتق منه[٤]، وإن كان الأب فقيراً والابن موسراً لم يكن عليه أن ينفق على ابنه من ماله لحق السيد؛ إلا أن يكون الذي

(١) قوله: (معه) زيادة من(ب).
(٢) في (ب): (قيل).
(٣) قوله: (هي) سقط من (ب).
(٤) قوله: (منه) سقط من (ح).

في يده نصيبه بعد مقاسمة سيده، فاستحسن أن يؤخذ بالإنفاق عليه[١] منه، وإن كان ظاهر المذهب ألا شيء عليه، وأنه ممنوع من ذلك[٢].

فصل

[في إنفاق الولد على أبويه]

وعلى الولد أن ينفق على أبويه إذا أعسرَا، وإن كان للأب دار أو خادم لا فضل فيهما[٣]؛ لم يسقط ذلك النفقة على الابن، وإن كانت تلك الدار لغير سكناه وهو في دار بإجارة، لم يكن على الابن[٤] الإنفاق إلا بعد نفاد ثمنهما، وكذلك الخادم إذا كان في غنى عنها.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون: إذا كان الأب لا دار له، وللابن دار يسكنها، لم يكن عليه أن يبيعها للإنفاق على أبيه[٥].

وأرى إن كان الابن صغيراً في كفالة أبيه وفي جملته أن تباع للإنفاق[٦] عليهما، ولو كان في غلتها ما ينفق على الابن خاصة لبيعت لحقِّ الاب في الإنفاق، وكذلك الابنة تكون لها الدار أو الخادم وهي في جملة الأب[٧]، وهي في غنى عن ذلك، فإن كان الأب موسراً أنفق عليها من ثمن ذلك، وإن كان معسراً أنفق عليها وعليه منه.

---

(١) قوله: (عليه) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٠.

(٣) في (ح): (في قيمتهما).

(٤) في (ث): (الاب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٤.

(٦) قوله: (للإنفاق) سقط من (ث).

(٧) قوله: (الأب) سقط من (ث).

واختلف إذا كان لا بد لها من خادم، فقال ابن القاسم: نفقة الابنة على الأب ونفقة الخادم على الابنة[١]. وقال أشهب: على الأب أن ينفق عليهما[٢]؛ وهو أبين، قياساً على نفقة الابن على الأب إذا كانت له خادم لا بدّ له منها، أن على الابن أن ينفق عليهما، ويلزم على قول ابن القاسم إذا كان الأب معسراً أن يقول تباع تلك الخادم للإنفاق على الأب[٣]؛ لأنه جعلها موسرة بها، وإذا كان للأب صنعة تقوم به وبزوجته جبر على عملها، ولم يكن له أن يدع العمل، ويكلف ولده الإنفاق، وإن كانت تقوم ببعض ذلك عمل وأكمل الابن الباقي، وليس له إذا كان له مال أن يتلفه بصدقة أو هبة وتعود نفقته على ولده، وللولد أن يرد فعله ذلك، وكذلك لو تصدق به على بعض ولده كان للآخر أن يرد فعله.

فصل

[في إنفاق الولد على زوجة أبيه]

وعلى الولد أن ينفق على زوجة أبيه؛ أمه كانت أو أجنبيةً، وسواء كان محتاجاً إليها في الإصابة أم لا؟ ولأنه وإن أسن يحتاج إلى رفق من يقوم به، ولأن عليه مضرَّة ومعرة في فراق زوجته بعدم النفقة، فإن كان له زوجتان كان عليه أن ينفق على واحدة[٤]، وإن كانتا أمه وأجنبية أنفق على أمه دون الأخرى؛ إلا أن تكون أمُّه قد أسنَّت والأخرى شابة وفي الأب بقية، فعليه أن ينفق عليهما. وقال محمد بن

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ١٥٦.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٤.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٣، ٢٦٤.

عبدالحكم: ليس على الابن أن ينفق على زوجة أبيه جملة[١]، وقد يحسن ذلك فيمن أسنَّ، ولا يشق عليه فراقها ويكون في جملة ولده.

واختلف في تزويجه، فقال ابن القاسم ليس ذلك عليه[٢]. وقيل: ذلك عليه. وأرى[٣] إذا كان للأب من يخدمه أو فيه بقية لقيامه بشأنه ومثله من يتولى ذلك، ولا مضرة عليه في عدم الزوجة، لم يكن عليه أن يزوجه، وإن كان قد بلغ من السن إلى العجز عن القيام بأمره، أو كان مثله لا يتكلف ذلك[٤]، كان تزويجه حسناً؛ لأنها محل خديمة، وقد كان عليه لو لم يزوجه أن يستأجر له من يخدمه. وإن كان محتاجاً إلى ما يحتاج إليه الشاب من المرأة كان عليه أن يزوجه. وقول مالك أن ليس على الأب أن ينفق على زوجة ولده، والقياس أن ذلك عليه، قياساً على زوجة الأب؛ أن على الابن أن ينفق عليه، ولأن الابن أحوج إلى الزوجة منه[٥].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٣٠٥. وعزاه ابن أبي زيد للمغيرة، ونصه: (قال المغيرة في كتاب آخر: لا يلزمه أَنْ ينفق على زوجة أبيه، إلا أن تكون أما له).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٣٠٥. وعزاه ابن أبي زيد لمالك، ونصه: (وقال مالكٌ في المختصر: وليس عليه أَنْ يزوجَ أباه).

(٣) في (ح): (وروي).

(٤) قوله: (وإن كان قد بلغ من السن إلى العجز عن القيام بأمره أو كان مثله لا يتكلف ذلك) سقط من (ث).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٤.

فصل

[في إنفاق الابن على أمه]

وعلى الابن أن ينفق على أمه إذا كانت أيماً أو عجز زوجها عن نفقتها، وليس للابن أن يقول: لا أنفق عليها حتى تطلق[1]؛ لأن فراق الزوج مضرَّة عليها من غير منفعة له. وإن كان الزوج يقدر على بعض النفقة أنفق الابن الباقي، وإن كان الزوج قادراً على الإنفاق وقال: لا أنفق عليها/ ، إن رضيت أقامت بغير نفقة وإلا فارقت لم يصدق الزوج، ولم يؤخذ الولد بالإنفاق؛ لأنهما يتهمان في المواطأة على الضرر بالولد، وهو لا يريد الفراق؛ إلا أن تكون أسنت والزوج على غير ذلك ويقوم الدليل على صحة قوله.

(ب) ٣١٧/أ

فصل

[في تعلق النفقة على الولد، وأي المستحقين يُبَدَّى على الآخر]

النفقة تتعلق على الولد بماله أو صنعة فيها فضل عن نفقته، فإن كان له زوجة كان للأب ما بعد نفقة الولد[2] وزوجته. واختلف إذا كان للولد ولدٌ، فقيل: يتحاصَّان؛ الجد، وابن الابن. وقال محمد بن خويز منداد: الابن يُبَدَّى.

وأرى أن يُبَدَّى الابن إذا كان صغيراً لا يهتدي لمنفعة، وسواء كان الأب صحيحاً أو زمناً؛ لأنه[3] يقدر على النظر لنفسه والتحيل. وإن كان الولد كبيراً ترجح القولان، فيصح أن يقال يتحاصان؛ لأن لكل واحد منهما فيه حقّاً لو انفرد به أخذه؛ ولأن كل واحد منهما قادر على النظر في العاجز عن ذلك، ويصح أن يقال: يبدى الابن إذا كان فقد الجدَّ بعد ولادته له؛ لأن حقه سبق

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٤.

(٢) في (ب): (الابن).

(٣) في (ب): (إلا أنه).

وحق الجد طارئ عليه، فكأنه طرأ على معدم لما كان الأول قد استحق النفقة، ولأن نفقته[١] بالقرآن ونفقة الأب بالاجتهاد، ولأنه أقل صبراً عند الحاجة، وكذلك الولد أن يبدى الصغير على الكبير والأنثى على الذكر؛ لأنها أضعف نظراً، وأحوج إلى الصيانة والستر، وكذلك الأبوان تبدى الأم على الأب إذا كان لا يقدر إلا على نفقة أحدهما.

فصل
[في نفقة الأبناء على الأبوين وما ينوبهم من ذلك]

واختلف إذا وجبت نفقة الأب على الابن، فإن اتفق اليسر أو تقارب كانت على الأعداد، والذكر والأنثى فيها سواء. واختلف إذا اختلف اليسر، فقال ابن المواز: النفقة على قدر اليسر. وقال ابن الماجشون: على العدد. قال[٢]: وإن كان منهم الغني والمسدد والعامل بيده ولا مال له غير عمله وكان[٣] أقلهم لو انفرد لزمته النفقة، كانت النفقة عليهم بالسوية. وقال أصبغ: مثل ذلك قول محمد[٤].

وأرى إذا اختلف المال وكان لأحدهم[٥] مائة دينار، وللآخر مائتان، والذي يفرض[٦] للأب على الانفراد دينار، وفي الاجتماع مثل ذلك، أن تكون النفقة على عددهم لا على الأموال.

---

(١) في (ب): (نفقة الابن).

(٢) قوله: (قال) سقط من (ح).

(٣) زاد بعدها في (ب) كلمة: (مال).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٦٧.

(٥) في (ب): (لأقلهم).

(٦) في (ث): (يقوم).

وإن كان يتغير الفرض لكثرة المال، فيفرض على من بيده مائة دينار دينار[1]، وعلى من بيده مائتا دينار ديناران، وعلى من بيده الثلاثمائة ثلاثة دنانير؛ لأنه يوسع عليه لكثرة المال في النفقة والملبس والخدمة، فينبغي[2] أن يكون على قدر الأموال. وإن كان الفرض على[3] من بيده مائة دينار ديناراً[4] وعلى من يملك مائتين إلى ثلاثمائة دينارين كانت النفقة أيضاً على قدر الأموال؛ لأن اجتماعهما حط عنهما ديناراً فيقتسمانه على قدر المالين، وكذلك إذا كان الفرض على أحدهما نصف دينار، وهو نصف نفقة الأب؛ لأنه صانع أو قليل المال، وعلى الآخر دينار، وهو جميع[5] نفقة الأب.

وإن اجتمعا لا يزاد على الدينار شيء، فإن النفقة تكون عليهما أثلاثاً، وقد أدخل اجتماعهما عليهما من الرفق نصف دينار فيقتسمانه على قدر ما يغرمانه، وإن كان الفرض على[6] مالك مائة إلى مائتين ديناراً، وإذا صارت ثلاث مائة صار الفرض دينارين.

---

(١) قوله: (دينار) زيادة من(ث).

(٢) قوله: (فينبغي) زيادة من(ب).

(٣) قوله: (على) سقط من (ح).

(٤) قوله: (دينار) زيادة من(ث).

(٥) قوله: (جميع) سقط من (ب).

(٦) زاد في (ب) و(ث): (ملك).



باب
في الحكمين



الأصل في الحكمين بين الزوجين قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ [النساء: ٣٥].

فإذا اختلفا الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة والوثوب، كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما، وإن لم يرتفعا يطلبان ذلك منه، ولا يحل أن يتركهما على ما هما عليه من المأثم وفساد الدين، فيبعث رجلاً من أهله ورجلاً من أهلها؛ عدلين، فقيهين بما يراد من الأمر الذي ينظران فيه، فإن لم يكن في أهلهما من يصلح لذلك فمن جيرتهما[١]، فإن لم يكن فمن غيرهم، فإن كان في أهلهم رجل يصلح لذلك أضيف إليه آخر من جيرتها، فإن لم يكن فمن غيرهم[٢]، فإن كان في أحد الجانبين رجلان يصلحان لذلك، حكم أحدهما ونظر في الآخر من الجيرة[٣] أو غيرهم، ولا يكونان من أحد الجانبين[٤].

وإنما خص بذلك[٥] الأهل[٦]؛ لأن كل واحد منهما يخلص إليه من باطن

---

(١) في (ب): (جيرانهما)، وفي (ح): (خيرتهما).

(٢) قوله: (فإن كان في أهلهم رجل يصلح لذلك، أضيف إليه آخر من جيرتها، فإن لم يكن فمن غيرهم) سقط من (ث).

(٣) في (ح): (الخيرة).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٦، ٢٦٧.

(٥) قوله: (بذلك) زيادة من(ح).

(٦) في (ح): (الأفضل).

أمرهما ما لا يخلص إلى الأجنبيين، فكان ذلك أقرب لإجراء الأمر على الصحة، وللمظلوم على الظالم، ثم الجار أقرب عند عدم الأهل، ولم يجعلا - إذا كانا من الأهلِين - من جهة واحدة؛ لما يلحق القريب عند الشنآن من الحمية والغضب لمن هو من ناحيته، وإن كان بين الزوجين قرابة جاز أن يحكم السلطان مَن هو منهما بمنزلة مثل[1] عميهما أو خاليهما، أو عم وخال، ولو جعل ذلك إلى واحد منهما بمنزلة عم أو خال جاز على مغمز فيه[2].

وإن جهل السلطان وجعل ذلك إلى من لا فقه له ولا علم عنده بوجه الحكم فاسترشد أهل العلم[3] بعد الكشف؛ مضى حكمهما، فإن حكما بعلمهما سُئلا عن صفة ما اطلعا[4] عليه/ ، فإن تبين أنهما أصابا الحق مضى الحكم وإلا رُدَّ، وإن جعل ذلك إلى أجنبيين مع وجود الأهل، فإنه يشبه أن يقال: ينقض الحكم لمخالفة النص، ولأن فيه ضرباً[5] من التفريط، بمنزلة ما لو قضى القاضي بقضية، ولم يبالغ في الكشف، ولم يسأل من يرى أن عنده علماً، ويشبه أن يقال: الحكم ماضٍ، بمنزلة لو تحاكما إليه فأجرى الحكم بعد أن علم ما يدعي كل واحد منهما.

(ب) ٣١٧/ب

وكذلك لو حكَّم السلطانُ رجلاً أجنبياً؛ لأنه إنما جعل رجلان إذا كانا من الأهل؛ لأن كل واحد منهما يستبطن علم من هو من قبله، فإذا خرجا عن أن يكونا من الأهل أجزأ واحد وأجرى أمره على الأصل في الأحكام، أنه يجزئ

---

(١) قوله: (مثل) سقط من (ث).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٧.

(٣) في (ح) و(ث): (فاسترشد العالم).

(٤) في (ب): (أطلقا).

(٥) في (ث): (ضرراً).

في القضية رجل واحد، وهو في هذا الوجه بخلاف الحكمين في الصيد لوجهين[١]:

أحدهما: أن الحاكم بين الزوجين بإقامةٍ من القاضي وجزاء الصيد المطلوب هو الذي يقيم من يحكم له بانفراده فأمر أن يجعله إلى رجلين؛ لأن ذلك أنفى للتهمة وأبعد من الميل.

والثاني: أن الله عز وجل قد فرق في[٢] مثل ذلك في حكم الآدميين في عدة الطلاق والموت، فجعل العدة في الطلاق ثلاثة أشهر عند عدم الحيض، وهو أمد ظهور الحمل لما كان هناك من يقوم بالنسب، وفي الوفاة أربعة أشهر وعشراً وهي مدة حركته في البطن لما كان من يقوم بالنسب معدوماً، وفارق الحكم في الصيد الكفارة عن الظهار، وقتل النفس في أنها لا تحتاج إلى حكم؛ لأن الأمر في الكفارة أوسع؛ يجزئ فيه الصغير والكبير والجيد والدنيء، والسالم والمعيب عيباً خفيفاً[٣] والمطالبة في جزاء الصيد بالمثل.

والثاني[٤] أن الله عزَّ وجلَّ قد فرق بين حكمهما فجعل هذا إلى أمانته، والآخر إلى غيره، وإنما المقال[٥] في الصيد لم كان بحكمين، ولم يكن بواحد؟ والاعتراض بالظهار والقتل إنما يدخل في أنه لم كان لأمانته؟ بخلاف غيره ليس أنه بحَكَم والآخر بحَكَمين.

---

(١) كذا في النسخ ومن الواضح أنه ذكر ثلاثة وجوه مع إعطاء الوجه الثاني نفس الرقم المعطي للوجه الثاني.

(٢) قوله: (في) سقط من (ح).

(٣) في (ح): (خفياً).

(٤) هكذا في النسخ ومن الواضح أنه الوجه الثالث.

(٥) في (ب): (يقال).

فصل
[فيما ينبغي للحكَمَيْن أن يفعلاه]

وينبغي للحَكَمَيْن أن يعملا أولاً في صلاح ذات البين وبقاء العصمة إن رأيا لذلك موضعاً[١]، فإن لم يرياه فإنه لا يخلو من أربعة أوجه: إما أن يتبين[٢] أن الظلم في جنبته، أو في جنبتها، أو جنبتهما، أو يُشكل الأمر. فإن كان الظلم منه طلَّقا عليه ولم يسقطا عنه شيئاً من الصداق، وأثبتا لها النصف إن طلَّقا قبل، والكل إن طلقا بعد. وإن كان الظلم منها وكان لا يتجاوز الحق فيها عند ظلمها ائتمناه عليها وأقرَّت عنده إلا أن يحب هو الفراق، فيفرقا، ولا شيء لها من الصداق[٣].

وقال عبد الملك في المبسوط: ولو حكما عليها بأكثر من الصداق جاز إذا كان ذلك سداداً.

وإن كان الظلم منهما فرقا ونظر في الصداق، فإن كان الطلاق قبل الدخول سقط عنه النصف، ونظر في النصف الآخر، فإن ترجح ظلمهما قسماه بينهما نصفين، وإن دخل قسما الجميع، وإن كان الظلم من أحدهما أكثر نظراً على ما يريان من ذلك.

فإن أشكل الأمر أيهما يظلم أو أيهما أظلم أجريا الحكم بمنزلة المساواة، وإن حكم أحدهما بطلاق وآخر ببقاء الزوجية، بقيت زوجة، وإن اجتمعا على الطلاق وحكم أحدهما بمال والآخر على غير مال، لم يلزم الزوج الطلاق، ولم يلزم الزوجة المال. قال عبد الملك: إلا أن يمضي له المال فيلزم الطلاق

(١) في (ب): (وجهاً).

(٢) في (ب): (يثبت).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٩.

الزوج[١] وتبين بذلك. ويجري فيها قول آخر ألا يلزمه الطلاق وإن أمضت له المال، قياساً على اختلاف الحكمين في الصيد. فقال ابن القاسم: لا يجزئه إن أخرج أعلى ما حكما به وكأنه أخرج بغير حكم؛ لأن الحكم لم يصح ولا يجوز أن يوقعا من الطلاق أكثر من واحدة.

واختلف إذا فعلا فأوقعا عليه[٢] طلقتين أو ثلاثاً، فقال عبد الملك في المدونة، وأشهب في كتاب محمد: تلزمه طلقة، قال عبد الملك: لأنهما لم يدخلا بما زاد على الواحدة صلاحاً بل أدخلا مضرة[٣] وقال ابن القاسم في كتاب محمد: يلزمه ما أوقعا عليه. والأول أصوب.

واختلف إذا حكم أحدهما بطلقة والآخر بالبتة[٤]، أو أحدهما بطلقتين والآخر بثلاث على ثلاثة أقوال: فقال عبد الملك: يلزمه واحدة[٥]. وقال محمد: لا يلزمه شيء[٦]. وعلى قول ابن القاسم يلزمه طلقتين، والأول أصوب؛ لأنهما اجتمعا على طلقتين والثالثة ساقطة لانفراد أحدهما بها، وسقط ما زاد على الواحدة؛ لأن الضرر يرتفع بواحدة؛ لأنهما اتفقا على الطلاق، وألا تبقى زوجة أصوب[٧] فيمضي ذلك، وما اختلفا فيه من العدد لا يؤثر فيما اتفقا عليه في أن الطلاق صواب.

---

(١) قوله: (الزوج) سقط من (ث).

(٢) في (ح): (عليهما)، وفي (ب): (عليها).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٨، ٢٦٩، نصها: (لأنهمالم يدخلا بما زاد على الواحدة أمرا يدخلان به صلاحا للمرأة وزوجها إلا والواحدة تجزئ من ذلك).

(٤) في (ب): (بالبتات).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٧٥.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٢.

(٧) في (ح): (صوابا).

وإذا كان الزوجان مولًّى عليهما، وكان التحكيم من قبل من يلي عليهما، سلك في التحكيم في العدد وكونهما من الأهل مسلك بعث السلطان، وكذلك إذا كانا رشيدين وكان التحكيم من قبلهما اقتداء بكتاب الله عزَّ وجلَّ، فإن لم يفعلا وجعلا ذلك إلى واحد من غير الأهل مضى ولم ينقض، وهو قول عبدالملك في المدونة.

واختلف إذا كان الزوجان رشيدين وحكّما غير عدل أو امرأة أو صبياً أو صبية[1]، فقال عبد الملك: حكمهما منقوض لأنهما قد تخاطرا بما لا ينبغي أن يكون من الغرر بخلاف التمليك[2]، يريد؛ لأن التحكيم يدخله المعاوضة وأخذ المال، فلم يجز/ فيه الغرر كالبياعات، والتمليك طلاق بانفراده فلم يقدح في وقوعه بالغرر، وإن حَكَّم رجلين وهما يريان أنهما من أهل العدالة ثم تبين غير ذلك، فإنه يختلف هل يمضي حكمهما أم لا؟ وفي كتاب محمد: أن الحكم ماضٍ مثل ما لو قضى قاض بشهادتهما ثم تبين غير ذلك.

(ب) ١/٣١٨

وقد اختلف في الشاهدين. وأرى أن يكشف عن حكمهما، فإن تبين أنهما أصابا الحق[3]، مضى بمنزلة القاضي غير العدل؛ يقضى بقضية فإنه تعتبر أحكامه فما وافق الحق مضى، وما لم يوافق الحق[4] نقض بخلاف الشاهدين؛ لأنا لا نقدر على معرفة صدقهما ويقدر على معرفة صحة الحكم من سقمه، وإن أشكل الأمر لم يمضِ.

تم كتاب إرخاء الستور والحمد لله حق حمده

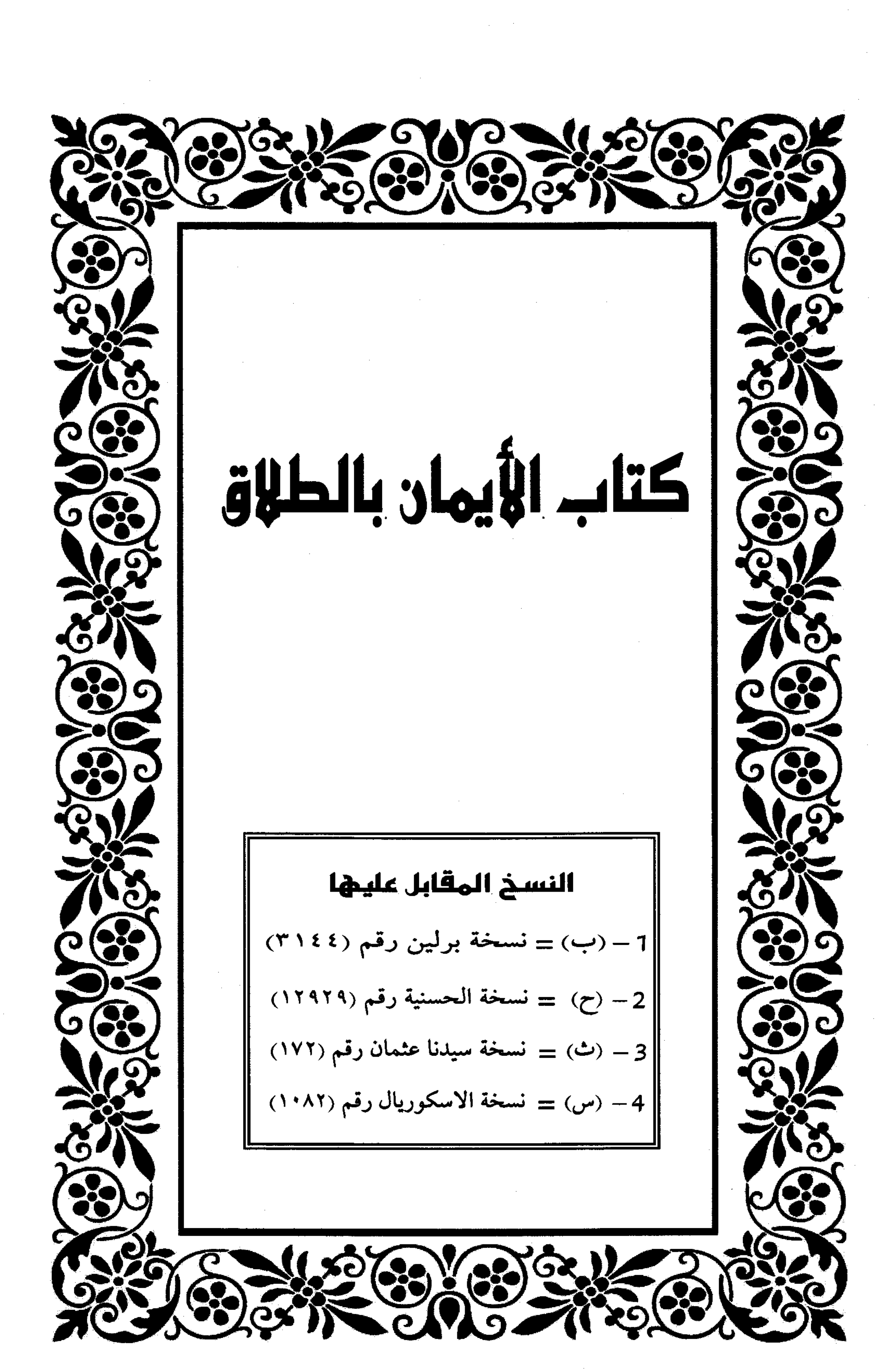
---

(١) قوله: (أو صبية) زيادة من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦٧.

(٣) في (ح): (الحكم).

(٤) قوله: (الحق) سقط من (ث).



كتاب الأيمان بالطلاق

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 – (ث) = نسخة سيدنا عثمان رقم (١٧٢)

4 – (س) = نسخة الاسكوريال رقم (١٠٨٢)

بسم الله الرحمن الرحيم[(١)]



كتاب الأيمان بالطلاق



ما جاء في الأيمان بالطلاق

قال الشيخ ﷺ[(٢)]: الطلاق على أربعة أوجه: مكروه ومباح ومستحب وواجب، وكل[(٣)] ذلك راجع إلى حال الزوجين في العشرة وحال الزوجة في نفسها من الصيانة والفساد.

فإن كان الزوجان على الإنصاف وكل واحد مؤد[(٤)] لحق صاحبه استحب له ألا يفارق، وإن كانت غير مؤدية لحقه ناشزاً أو غير ذلك، كان مباحاً غير مكروه.

وإن كانت غير صيِّنة لنفسها استحب له فراقها من غير قضاء إلا أن تعلقها نفسه.

وإن فسد ما بينهما ولا يكاد يسلم له دينه معها وجب الفراق.

واستحب الإمساك في القسم الأول؛ لقول الله سبحانه: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ [النساء:١٩] فندب إلى إمساكها لإمكان أن يجعل الله في ذلك خيراً، وروي أن

---

(١) قوله: (بسم الله الرحمن الرحيم) زيادة في (ث).

(٢) قوله: (ما جاء في الأيمان بالطلاق قال الشيخ ﷺ) ساقط من (ح) و(س).

(٣) قوله: (كل) زيادة في (ب).

(٤) قوله: (مؤد) ساقط من (ح) و(س).

النبي ﷺ قال: «أَبْغَضُ الحَلاَلِ إِلَى اللهِ الطَّلَاقُ»[١]، ولأنَّ الطلاق سبب[٢] لاطلاع غيره عليها، واطلاعها على غيره، ومن مروءة الرجل حفظ هذا المعنى وصونه، وقد أكرم الله تعالى نبيه صلوات الله عليه بحماية ذلك، فحرّم أزواجه على غيره تكرمةً له[٣].

واستحب له فراق من كانت غير صيِّنة لنفسها؛ لقول النبي ﷺ للذي قال: إن زوجته[٤] لا ترد يد لامس: «فَارِقْهَا»، قال: فإني أحبها، قال «فَأَمْسِكْهَا»[٥]، ولأنه لا يأمن أن يلحق به غير ولده، ووجب الفراق إذا فسد ما بينهما وتفاقم فلم يرج صلاح؛ لقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ [النساء:٣٥] وقد مضى الكلام على هذا أن ذلك من الواجب على الحكم، وإن لم يتحاكما إليه في باب الحكمين[٦].

---

(١) ضعيف، أخرجه أبو داود: ١/ ٦٦١، في باب في كراهية الطلاق، من كتاب الطلاق، برقم (٢١٧٨)، قال ابن الجوزى فى العلل المتناهية: ٢/ ٦٣٨: هذا حديث لا يصح، وقال ابن حجر في الفتح: ٩/ ٣٥٦: (أعل بالإرسال).

(٢) قوله: (سبب) فى (ح) و(س): (عيب).

(٣) يعني قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لَكُمْ أَن تُؤْذُواْ رَسُولَ ٱللَّهِ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًاۚ إِنَّ ذَٰلِكُمْ كَانَ عِندَ ٱللَّهِ عَظِيمًا ﴾.

(٤) قوله: (إن زوجته) في (ب): (لزوجته).

(٥) أخرجه النسائي في سننه: ٦/ ١٧٠، في باب ما جاء في الخلع، من كتاب الطلاق، برقم (٣٤٦٥) من حديث عبد الله بن عباس ﷺ، قال العراقي في تخريج أحاديث الإحياء: ٢/ ٣٧: (حديث جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن لي امرأة لا ترد يد لامس قال طلقها الحديث رواه أبو داود والنسائي من حديث ابن عباس قال النسائي ليس بثابت والمرسل أولى بالصواب وقال أحمد حديث منكر وذكره ابن الجوزي في الموضوعات).

(٦) انظر ذلك في كتاب إرخاء الستور، في باب الحكمين.

والأيمان بالطلاق ممنوعة؛ لقول النبيِّ ﷺ: «**لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق؛ فإنها من أيمان الفساق**»[1]، ولأن الغالب فيمن يحلف بالطلاق أنه لا يبر في يمينه، وقد يحنث وهي حائض، وقد قيل في أحد التأويلات في قول الله سبحانه: ﴿**وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَانِكُمْ أَن تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا** ..﴾ الآية [البقرة: ٢٢٤] أي: لا تكثروا الأيمان بالله عزَّ وجلَّ، فإن فاعل ذلك لا يبر ولا يتقي.

وقال مطرف وابن الماجشون فيمن اعتاد اليمين بالطلاق إنها جرحة، ولا يحلف بذلك سلطان ولا غيره، وَلْيَنْهَ الناس عن ذلك، ويؤدب من اعتاد اليمين بذلك.

فصل

[فيمن جرى الطلاق على لسانه حكاية]

ومن المدونة قال سحنون: قلت لابن القاسم فيمن طلق زوجته فقال له رجل: ما صنعت؟ قال: هي طالق، هل يُنوَّى إن قال: أردت أن أخبره أنها طالق بالتطليقة التي كنت طلقتها؟ قال: نعم[2].

---

(١) قال العجلوني في كشف الخفاء: ٢/ ٦٤٩: قال في التمييز: وقع في عدة من كتب المالكية، قال شيخنا: لم أقف عليه، وقال القاري: قال السخاوي: لم أقف عليه مرفوعا جازما به بلفظ: (لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق؛ فإنها من أيمان الفساق) لكن نازع السخاوي في وروده فضلا عن ثبوته وأظنه مدرجا قلت ويؤيده معنى حديث ما حلف بالطلاق مؤمن ولا استحلف به إلا منافق رواه ابن عساكر مرفوعا انتهى)، وقال في النوادر: ٤/ ٧: (قال ابن حبيب وروي أن النبي ﷺ قال: «**لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق فإنها من أيمان الفُسَّاق**».

قلت: فيشبه أنه من رواية ابن حبيب في الواضحة.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٥٩.

قلت: فلو عدم النية لم يكن عليه سوى تلك التطليقة[١]؛ لأن بساط جوابه عن السؤال الذي يسأل عنه ما صنع فيه، فأخبر عنه ولا يحمل على أنه أضرب عن السؤال، وابتدأ طلاقاً، ولأن قول الرجل: طالق، يصح أن يراد به الإخبار عن حالها والصفة التي هي عليها، والمراد بطالق: التسمية أنها ذات طلاق، كما يقال: لابن وتامر[٢]، وليس هو اسم فاعل، واسم الفاعل منه مُطلِّق، وما ذكر في المدونة أنه يُنوَّى وأن ذلك في السؤال ليس شرطاً في الجواب، وسُئل مالك عمن طلق زوجته تطليقة، فسئل عنها، فقال: ما بيني وبينها عمل فلا شيء عليه، وليحلف ما أراد به طلاقاً ولا شيء عليه غير ذلك.

فصل

[في تعليق الطلاق]

وقال ابن القاسم فيمن قال: إن دخلت هذه[٣] الدار أو أكلت أو شربت أو لبست أو قمت أو قعدت أو ركبت فأنت طالقٌ، إنها أيمان[٤].

(ب) ٣١٨/ب

قال الشيخ رحمه الله: / هي أيمان كما قال، والحكم فيها مختلف، فأما قوله: إن دخلت الدار فهي يمين لا يحنث إلا بالدخول، وأما قوله: إن أكلت أو شربت ولم يضرب أجلاً، فإنه يحنث الآن؛ لأنه لا يصح أن لا تأكل ولا تشرب، وكذلك إذا ضرب أجلاً لا يمكنه الصبر إليه، وإن كان مما يمكن الصبر إليه لم يحنث، وكذلك يمينه: إن لبست أو قمت أو قعدت يحنث إذا لم يضرب أجلاً،

---

(١) زاد بعده في (ح) و(س): (التي كانت طلقتها).

(٢) اللابن هو من يبيع اللبن، والتامر هو بائع التمر.

(٣) قوله: (هذه) في (ب): (هذا).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٥٩.

أوضرب أجلاً لا يمكنه الصبر إليه، وأما قوله: إن ركبت فكقوله: إن دخلت الدار.

واختلف إذا قال: إذا حضت فأنت طالق، فقال مالك وابن القاسم: يلزمه الطلاق مكانه حين تكلم بذلك[1] فأوقع الطلاق بنفس اللفظ من غير حكم.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا شيء عليه حتى تحيض وهو قول المخزومي وابن وهب وابن عبد الحكم[2]. وقيل في هذا الأصل: لا يقع عليه الحنث بنفس اللفظ إلا أن يرفع ذلك إلى حاكم فيحكم عليه بالطلاق، وهو أحسن؛ لأنه أمرٌ مختلف فيه، والحكم يرفع الاختلاف، وقد اختلف أهلُ العلم في الطلاق إلى أجلٍ هل يعجل؟

واختلف عن مالك فيمن حلف الطلاق بالحيض[3]، وإن كانت يائسة أو شابة وهي ممن لا ترى حيضاً لم يعجل الطلاق على حال.

واختلف إذا قال: أنت طالق كلما حضت حيضة، فقال ابن القاسم: هي طالق الساعة ثلاثاً[4].

وقال سحنون: يقع عليها طلقتان؛ لأَنَّه طلَّق بأول الحيضة فهو يتعجل الآن، وهي طاهر، ثم تعتد بأول حيضة، وتعجل الطلقة الثانية أيضاً، وتسقط الثالثة لأنها بأول ما ترى من الدم بائن، فإنما أوقعها على غير زوجة، قال: ولو

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٥٩، النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥١، والبيان والتحصيل: ٥/ ٣٧١.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٦١.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٦٣، والنوادر والزيادات: ٥/ ١٠٩.

قال: أنت طالق لأول حيضة، فإذا حاضت الثالثة لزمه طلقة لأنها بأول رؤية الدم الثالث[١] بائن.

وقال مالك في كتاب محمد: إذا قال: أنت طالق كلما حضت حيضة[٢] لا شيء عليه حتى تحيض فيقع عليها طلقة ويرتجع، فإذا حاضت الثانية وقعت الثانية وارتجع، وإذا حاضت الثالثة بانت، ولو[٣] لم يرتجع لم يقع عليه سوى تطليقتين.

واختلف إذا قال: أنت طالق كلما جاء شهر أو سنة؛ فقال ابن القاسم: هي طالق ثلاثاً ساعة تكلم بذلك[٤].

وقال عبد الملك وسحنون: لا يقع عليه إلا ما كانت فيه في العدة، فإن قال وهي في شعبان: أنت طالق كلما جاء شهر كان قد علق الأولى باستهلال رمضان، والثانية: باستهلال شوال، والثالثة: باستهلال ذي القعدة فتعجل الآن الطلقة الأولى، فإن انقضت العدة، قبل أن يستهل شوال لزمه طلقة، وإن لم تنقض العدة حتى استهل شوال لزمه طلقتان، وإن تأخرت إلى ذي القعدة لزمه الثلاث، وإن ارتجعها في رمضان ويقف عنها حتى ينظر ما كان يقع عليه من الطلاق لو لم يرتجع، فإن حاضت الثالثة قبل استهلال شوال صحت رجعته على طلقةٍ مضت، وإن حاضت الثالثة في شوال صحت رجعته على طلقتين مضتا، وإن حاضت الثالثة في ذي القعدة لم تصح رجعته.

---

(١) قوله: (الثالث) زيادة في (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٦.

(٣) قوله: (لو) زيادة في (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٦٣.

وقال عبد الملك في المبسوط: إذا قال أنت طالق إلى شهر، وأنت طالق إلى سنتين، وأنت طالق إلى ست سنين وقع عليه الآن طلقة وينتظر إلى سنتين، فإن بقيت عدتها وقعت الثانية[1]، وأما ما وراء الخمس فإنه طلق غير زوجة، ولو ارتجعها من ساعته كان له أن يصيبها لأنها رجعة مستقيمة من طلقة أو اثنتين، قال: ولو قال: أنت طالق الساعة، وطالق إلى سنة، وطالق إلى أربع فإنها تطلق الآن واحدة[2]، وينتظر عند[3] السنين، فإن ارتجع لم يصب لعل عدتها أن تمتد إلى أربع سنين، فتقع الثالثة، ولكن يرتجع لعل العدة تنقضي قبل السنين، وتحبس زوجته عليه رجعتها، فإن قامت عليه ضرب له أجل الإيلاء، فإن انقضت عدتها إلى ذلك فهي زوجة، وإلا طلق عليه بالإيلاء؛ لأنه لا يقدر على أن يفي؛ لأنه لا يدري لعلها تحرم بالثلاث، ولو قال: أنت طالق كلما حاضت فلانة لامرأته الأخرى، لزمه الثلاث[4]، ولا يراعى هاهنا عدة بخلاف أن يعلق الطلاق بحيض زوجته، وإن قال لزوجته وهي حائض: أنت طالق إذا طهرت، وقع عليه الطلاق الآن[5]؛ لأن الطهر لا بدَّ منه، وإن لم ينقطع الدم وصارت مستحاضة كانت طاهراً، وقال أشهب: لا يعجل بالطلاق حتى تطهر[6]. والأول أحسن.

---

(١) قوله: (الثانية) في (ح) و(س): (الثالثة).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٣، والنوادر والزيادات: ٥/ ١٠٧.

(٣) قوله: (عند) في (ح) و(س): (غيب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٦١، والبيان والتحصيل: ٦/ ٢٣٢.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٥، والنوادر والزيادات: ٥/ ١٠٨.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٧١، ٣٧٢.

فصل

[فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن لم أطلقك]

واختلف إذا قال: أنت طالق إن لم أطلقك؛ فقال مالك: هي طالق حين تكلم بذلك، وقال أيضاً: لا يقع عليها طلاق حتى ترفعه ويوقفه السلطان[١].

واختلف إذا رفعته: هل تطلق عليه بالحضرة، إذ لا فائدة في الصبر أو بعد أن يضرب أجل المولي رجاء أن ينثني عزمها عن القيام بالطلاق.

واختلف أيضاً إذا ضرب أجلاً، فقال: أنت طالق واحدة[٢] إن لم أطلقك رأس الهلال[٣] واحدة[٤]، أو[٥] أنت طالق ثلاثاً إن لم أطلقك رأس الهلال ثلاثا[٦] أو أنت طالق ثلاثا إن لم أطلقك رأس الهلال واحدة، أو أنت طالق واحدة إن لم أطلقك رأس الهلال ثلاثاً / فقيل: لا شيء عليه الآن، وهي أيمان، فتبقى[٧] حتى يبر بفعله[٨] الطلاق الذي حلف أن يفعله، أو يأتي الأجل بحنثه إن لم يفعل، فيقع عليه الطلاق الذي ألزم نفسه إن لم يطلقها، وقيل: يعجل عليه الطلاق الآن، فإن قال: أنت طالق إن لم أطلقك عجلت الآن عليه طلقة[٩]. وكذلك إذا جعل بره بطلقة وحنثه بثلاث أو بره بثلاث وحنثه

(ب) ٣١٩/أ

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٦١.

(٢) قوله: (واحدة) زيادة من (ب).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢٢٦.

(٤) قوله: (واحدة) زيادة من (ب).

(٥) قوله: (أو) في (ح) و(س): (و).

(٦) قوله: (إن لم أطلقك رأس الهلال ثلاثا) ساقط من (ح) و(س).

(٧) في (ح) و(س): (فيها).

(٨) في (ح) و(س): (بفعل).

(٩) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢٢٦.

واحدة، فإنه يعجل عليها إحدى الطلقتين وهي طلقة؛ لأنه طلق إلى أجل لما كان لا بد له من إحدى الطلقتين بر في يمينه أو حنث وأرى إن قال: أنت طالق واحدة إن لم أطلقك رأس الشهر ثلاثاً عجل طلقة الحنث، وهي واحدة، فإن هو أراد البر فيطلق ثلاثاً بانت، وإن لم يطلق كان حانثاً بواحدة، وقد عجلت، وإن انقضت العدة قبل وقت الحنث بانت بواحدة، وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إن لم أطلق رأس الهلال واحدة لم يعجل بطلقة البر لأنه لم ينوها، وإن عجلت طلقة من الثلاث التي يحنث بهن، فإن قال: أنا أحب أن أبر في يميني بطلقة أوقعها فتصير مع الأولى طلقتين، فكان الوقف أحسن فإن أوقع هو واحدة قبل الهلال بَرَّ في يمينه، وإلا وقع عليه الحنث بالثلاث إذا أتى الهلال ولم يطلق.

وقال ابن القاسم فيمن حلف بطلاق امرأته البتة ليطلقنها رأس الهلال واحدة، ثم أراد تعجيل تلك الطلقة فلم يجب فيهما بشيء، وقال أصبغ: لا يجزئه، فإن فعل ثم فاته(١) رأس الشهر فلم يطلق واحدة لزمته البتة(٢).

وقال محمد: إذا سألته أو سأله أهلها أن يطلقها فحلف لهم ليطلقنها رأس الشهر ثم عجل الطلقة لم ينفعه، وإن كان ذلك ابتدأ ليغمها(٣) أجزأه.

قال الشيخ رحمه الله: ولو حلف عند سؤالهم أنه لا يؤخر الطلاق عن رأس الهلال فجاز له أن يعجلها، وهذا إذا كانت يمينه ليطلقها رأس الشهر، وأمَّا إن قال: إلى رأس الشهر فله أن يعجل الطلقة؛ لأنَّ "إلى" غاية، وإن حلف بالثلاث إن لم يطلقها قبل الهلال ثلاثاً لم يعجل إحدى الطلقتين، قال محمد:

---

(١) في (ح) و(س): (جاز).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢٢٦.

(٣) في (ح) و(س): (ليعمها).

لأن له أن يصالح قبل الأجل، فلا يلزمه سوى واحدة[1].

وقال مالك فيمن له امرأتان، فقال لإحداهما: أنت طالق إن لم أطلق فلانة إلى سنة، يريد: الأخرى، قال: يوقف الساعة فيطلق إحداهما[2] لأنه أوقع طلاقاً لا بد منه، فلا يترك يستمتع بواحدة منهما.

وقال أصبغ فيمن قال لامرأته: أنت طالق البتة لأعتقن جاريتي فلانة إلى سنة، فلا تحرم عليه واحدة منهما، وعلى قول مالك في الزوجتين: تحرم زوجته وجاريته حتى يطلق أو يعتق[3][4]، وعلى قول أصبغ: لا يوقف عن واحدة من زوجتيه وهو أبين، ويختلف في الذي قال: أنت طالق إن لم أطلقك ولم يضرب أجلاً، فعلى قول مالك: يمنع منها، وقول ابن كنانة أنه لا يمنع لأنه لا يحنث إلا بالموت[5]، وكل طلاق[6] عنده لا يكشفه إلا الموت لا يمنع فيه من الزوجة.

واختلف أيضاً إذا ضرب أجلاً هل يمنع منهما لأنه حلف ليفعلن أو لا يمنع لأنه على بر لما ضرب أجلاً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٣٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٢.

(٣) في (ح) و(س): (تطلق أو تعتق).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٣.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ١٣٧، ١٣٨.

(٦) في (ح) و(س): (شيء حنث).

فصل

[فيمن قال لامرأته: إذا حملت فأنت طالق]

ومن قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق، أو إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق، فإن كانت في طهرٍ لم يمس فيه أو مس ولم ينزل كان محملها على البراءة من الحمل، فإن قال: إن كنت حاملاً لم تطلق، وإن قال: إن لم تكوني حاملاً طلقت، وكذلك أرى إذا كان يعزل؛ لأنَّ الحمل على ذلك نادر.

واختلف إذا أنزل ولم يعزل على أربعة أقوال؛ فقال مالك في المدونة: هي طالق مكانها لأنه في شك من حملها(١)، وسواء قال: إن كنت حاملاً(٢) أو إن لم تكوني حاملاً.

وقال مطرف(٣) في كتاب ابن حبيب في هذا: الأصل لا يقع عليها طلاق إلا أن يوقعه الحاكم(٤)، وقول أشهب: لا شيء عليه الآن(٥)، ويؤخر أمرها حتى ينظر هل هي حامل أم لا؟ وفرق أصبغ بين أن يكون على بر أو على حنث، فإن قال: إن كنت حاملاً، لم يقع عليها(٦) طلاق؛ لأنه على بر حتى يعلم أنها حامل، فإن قال: إن لم تكوني حاملاً عجل الطلاق لأنه على حنث، وأرى أن يوقف أمرها في الوجهين جميعاً، ويوقف عنها حتى يستبين أمرها، وليس من كل الماء يكون الولد، وقد سأل بعض الصحابة النبي ﷺ عن العزل

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٦٢، والبيان والتحصيل: ٥/ ٢٥٠.

(٢) قوله: (حاملاً) ساقط من (ح) و(س).

(٣) قوله: (مطرف) ساقط من (ح) و(س).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٥٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦٢، ٥/ ١٠٣، ١٠٥.

(٦) في (ح) و(س): (عليه).

لرغبتهم في الفداء، فقال: «لاَ عَلَيْكُمْ أَنْ لاَ تَفْعَلُوا»[1]، فلو كان محمل الإنزال على الحمل لم يقل ذلك، فإذا أشكل الأمر لم يعجل بالطلاق ولم ترتفع عصمته بالشك، ولأن في مقابلة طلاقها بالشك إباحتها لآخر بالشك فكان بقاؤها أولى من إباحتها بالشك، واختلف في الموارثة هل يتوارثان؛ لأن الأصل الزوجية، فلا تسقط بالشك أو لا يتوارثان؛ لأنها وارثة بالشك، وفرق سحنون فقال: إن ماتت لم يرثها / وإن مات ورثته، يريد: إذا تبين أنه كان باراًّ، وإن تبين أنه حانث لم ترثه لأنها الباقية بعده فيعلم هل هي حامل أم لا؟[2] وهذا إذا كانت يمينه بالثلاث، وعليه يحمل قول مالك في المدونة، ولو كانت يمينه بطلقة توارثا قولاً واحداً، لأنه وإن كان حانثاً فهو طلاق رجعي، فإن مات الزوج قبل أن يظهر هل هي حامل أم لا؟ كان موته في العدة، وكذلك إن كانت هي الميتة فإنها ماتت وهي في عدة منه، لأنها على أحد أمرين: إما أن تكون حاملاً فالعدة وضع الحمل، وإما أن تكون[3] غير حامل فالعدة بالحيض، فإن مات ثم حاضت انتقلت إلى عدة الوفاة، فالموارثة بينهما على كل حال.

(ب ٣١٩/ب)

واختلف إذا قال: إذا حملت فأنت طالق، وهي غير ظاهرة الحمل، فظهر لها[4] بعد ذلك حمل، هل يحنث به أو لا يحنث إلا بما يكون عن إصابة بعد قوله ذلك، فقال ابن القاسم: لا يمنع من وطئها، فإذا وطئها مرة وقع عليها

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٧٦، في باب بيع الرقيق، من كتاب البيوع، برقم (٢١١٦)، ومسلم: ٢/ ١٠١٦، في باب حكم العزل، من كتاب النكاح، برقم (١٤٣٨)، ومالك: ٢/ ٥٩٤، في باب ما جاء في العزل، من كتاب الطلاق، برقم (١٢٣٩)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٩١، ٣٩٢.

(٣) قوله: (وإما أن تكون) في (ح) و(س): (أو).

(٤) قوله: (فظهر لها) في (ح) و(س): (فظهرت بها).

الطلاق، وقال أيضاً فيمن قال[١]: إذا حملت فوضعت فأنت طالق، قال: إن كان وطئها في ذلك الطهر فهي طالق مكانها، فحنثه بما تقدم من الوطء[٢].

وقال ابن الماجشون: له أن يصيبها في كل طهر مرة، ولم ير أن يطلق عليه إذا أصابها بعد قوله ذلك لأنه على شك من حملها، إذا كانت في طهر قد مس فيه إلا أن يعجل بالطلاق لإمكان أن لا تحمل، فإن ظهر حمل حنث به لأنَّ العادة أنه إذا ظهر حمل قالوا: حملت، ولا يعتبر[٣] ما كان قبل ذلك، وأمَّا مع عدم العادة فإنه ينظر إلى الوقت الذي أصابها فيه، فإن كان دون الأربعين يوما حنث بما يظهر بعد، وإن كان فوق ذلك لم يحنث لقول النبي ﷺ «**إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نُطْفَةً، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ**»[٤]، الحديث، وإن كانت حين قوله ظاهرة الحمل لم تطلق[٥] إلا بحمل مستأنف.

واختلف إذا قال لزوجته: إذا وضعت فأنت طالق، فقال مالك في المدونة: هي طالق حين تكلم بذلك[٦]. وقال في كتاب محمد: لا شيء عليه حتى تضعه[٧]. وهو أحسن للاختلاف في الطلاق إلى أجلٍ، ولإمكان أن يكون ريحاً أو يموت قبل الوضع.

---

(١) زاد بعد قوله: (قال) في (ح) و(س): (أيضا).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٦٢.

(٣) في (ح) و(س): (يعتبرون).

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٣/ ١١٧٤، في باب ذكر الملائكة، من كتاب بدء الخلق، برقم (٣٠٣٦)، ومسلم: ٤/ ٢٠٣٦، في باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه، من كتاب القدر، برقم (٢٦٤٣)، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٥) في (ح) و(س): (يطلق).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٦٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٣.

وقال مالك في كتاب محمد: إن وضعت ولداً وبقي في بطنها آخر لم يقع عليها طلاق حتى تضع آخر ما في بطنها[1]. والمعروف من قوله خلاف هذا، وأنه يحنث بالأول، وهذا موافق للقول فيمن حلف ألا يصيب امرأته[2] أنه لا يحنث بأول الملاقاة ولا يحنث إلا بالوطء التام.

واختلف فيمن قال: إن ولدت جارية فأنت طالق، أو إن لم تلدي غلاماً فأنت طالق[3]، نحو الاختلاف المتقدم في قوله: إن كنت حاملاً وإن لم تكوني حاملاً، وقول مالك أنها طالق مكانها في الوجهين جميعاً، وأصل أشهب في هذا أنه لا يعجل الطلاق[4] حتى تضع فينظر هل تلك جارية أو غلام؟ وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: لا يكون طلاقاً إلا أن يطلق عليه الحاكم لأنه مما اختلف فيه، وقال أصبغ: إن قال: إن ولدت جارية فأنت طالق - لم تطلق عليه، وإن قال[5] إن لم تلدي غلاماً طلقت الآن؛ لأن الأول عنده على بر وهذا عنده على حنث، والوقف في جميع ذلك حتى تضع فينتظر أحسن، وإن قال: أنت طالق إن مطرت السماء كانت طالقاً الساعة؛ لأن السماء لا بدَّ أن تمطر[6]، وإن قال: إن لم تمطر فأنت طالق فلا شيء عليه سواء عمَّ أو سمى بلداً لأنه لا بدَّ أن تمطر في زمنٍ ما، وكذلك إذا ضرب أجلاً عشر سنين أو خمس سنين، وإن قال: في هذا الشهر أو الشهر الفلاني أو شهر كذا عاد الخلاف المتقدم هل تكون

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٣.

(٢) في (ح) و(س): (زوجته).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٤.

(٤) في (ح) و(س): (بالطلاق).

(٥) قوله: (وإن قال) ساقط من (ح) و(س).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٤.

طالقاً الآن، أو حتى يحكم له، أو يوقف حتى ينظر هل تمطر فيه أم لا، وقال أصبغ: إن قال: إن أمطرت غداً فلا شيء عليه الآن حتى تمطر، قال: وهو بمنزلة قوله: إن قدم فلان غداً فأنت طالق. يريد: لأنَّه على بر، وعلى أصله إن قال: إن لم تمطر غداً تطلق الآن؛ لأنه على حنث.

وقال مالك: إذا قال: إن لم تمطر في هذا الشهر فأنت طالق، قال: هي طالق ساعة تكلم بذلك[1].

وقال أشهب: يوقف، فإن أمطرت لم تطلق عليه.

قال الشيخ رحمه الله: وإن قال: لتمطرن في هذا الشهر طلق عليه[2] الآن لأنه رجمٌ بالغيب، وهذا هو المعروف في هذا الأصل، وقيل: لا يحنث حتى ينظر ما يكون، وقد يحمل قول مالك في قوله إن لم تمطر في هذا الشهر أنه أراد: لتمطرن، ولذا فرق بينه وبين الكتاب، ولو جعل ذلك شرطاً لم يقع عليه الآن الطلاق.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: كل من حلف بطلاق على شيء لا يدري أحق هو أم باطل مثل أن يقول: إن لم تكن مطرت الليلة الإسكندرية وهو بالفسطاط، أو إن لم تمطر غداً، أو إلى نصف الشهر[3] أو إلى رأس الشهر قرب استخبار ذلك، أو بعد، فإنه إن رفع أمره إلى السلطان طلق عليه ولم يؤخره، وإن لم يطلق عليه حتى وجد ذلك الشيء حقاً لم يكن عليه في يمينه شيء وهو وجه قول مالك[4].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٦٤، والبيان والتحصيل: ٦/ ١٤٩.

(٢) قوله: (عليه) ساقط من (ح) و(س).

(٣) قوله: (أو إلى نصف الشهر) ساقط من (ح) و(س).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ١٤٩، ١٥٠.

فصل

[في تعليق الطلاق بقدوم المسافر ونحوه]

ومن قال: أنت طالق إن قدم أبي، أو إذا قدم أبي أو إن لم يقدم، لم يعجل بالطلاق الآن[١]. إلا أن يريد بقوله "إذا" الوقت الذي يقدم فيه ليس لغرض في قدومه فيعجل الطلاق[٢] الآن؛ لأنه طلاق إلى أجل، وإن قال: إن لم يقدم، فأتت/ الرفقة التي كان يرى أن يقدم فيها ولم يقدم طلقت عليه، وإن حبسه مرض أو عدو[٣] أو عذر أو مات حنث على القول بمراعاة الألفاظ، ولم يحنث إذا كان قصده إن آثر المقام على القدوم.

(ب) ٣٢٠/أ

وقال مالك فيمن قال: إن لم يقدم أبي إلى يوم كذا فامرأته طالق، فلا يشبه هذا المطر لأنه يدعي أن الخبر[٤] جاءه والكتاب بأن سيقدم[٥].

قال الشيخ رحمه الله: أمَّا إذا كان قصده ليقدمن فهو على شك من قدومه، وإن جاءه بذلك خبر أو كتاب، وينبغي أن يجري على الخلاف المتقدم فيمن كان على شكٍّ.

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت بيت أبيك حتى يقدم أخوك من سفره فمات أخوها[٦] قبل أن يقدم، قال: إن كانت له نية في ذلك فأراد مثل ما يقدم من الحج وشبهه ولم يرد في ذلك الموت، وإنما

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢٧، والبيان والتحصيل: ٦/ ١٧٥.

(٢) في (ح) و(س): (بالطلاق).

(٣) قوله: (أو عدو) زيادة في (ح) و(س).

(٤) في (ب): (الخير).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٦٤.

(٦) قوله: (أخوها) ساقط من (ح) و(س).

أراد في ذلك[١] الأجل فلتقم إلى مثل ذلك وتدخل ولا شيء عليه، وإن لم تكن تلك نيته حنث[٢].

فصل

[في تعليق الطلاق على ما لا يصادف معه محلا]

وإن قال: أنت طالق إن مت أنا أو مت أنت فلا شيء عليه[٣]. إلا أن يريد نفي الموت.

واختلف إذا قال: إذا مت فلا شيء عليه، وروى ابن وهب أنها تطلق[٤]، ورأى أن الطلاق يسبق الموت ويلزم مثل ذلك إن قال: إن مت.

وقد اختلف فيمن قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، أو لزوجته: إن خالعتك فأنت طالق البتة، فباع أو خالع، فقيل: يحنث فيهما فيعتق العبد[٥] ويرد ما أخذه في الخلع، والعتق والحنث يَسْبِقُ[٦] البيع والخلع، وقيل: لا شيء عليه[٧]؛ لأن البيع والخلع قبل العتق والحنث وهو أحسن، وإن قال: أنت طالق قبل موتك بشهر، كانت طالقاً الآن[٨]، وقال أشهب في المجموعة: لا شيء عليه، قال: بمنزلة من قال لعبده: أنت حر قبل موتك بشهر، ورأى أنه طلاق

---

(١) قوله: (في ذلك) ساقط من (ن).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ١٢٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٠.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢٠٠.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٨٨، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٤.

(٦) في (ح) و(س) و(ث): (سبق).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٧٠.

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٦٣.

لا يكشفه إلا الموت[١]، وإن قال: أنت طالق يوم أموت، كانت طالقاً الآن؛ لأن لليوم أولاً وآخراً[٢]، وقد كان الحنث قبل يوم الموت، إلا أن يكون القصد: إذا مت، وعلى قول أشهب: لا شيء عليه[٣]، وإن قال: إذا مات فلان أو إن مات فلان[٤]؛ كانت طالقاً الآن[٥].

فصل[٦]

[هل يتكرر الطلاق بالتعليق على أمرين أحدهما أهم من الثاني]

وقال ابن القاسم فيمن قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم قال: كل امرأة أتزوجها من هذه القرية فهي طالق، وتلك المرأة منها ثم تزوجها، لوقع عليها طلقتان، ولا يُنوَّى وهو بمنزلة من قال: إن تزوجتك فأنت طالق ثم قال لجماعة نساء هي فيهن: إن تزوجتكن فأنتن طوالق، فتزوجها أنها تطلق عليه تطليقتين[٧].

قال محمد: وكذلك إن قال: إن كلمت إنساناً، ثم قال: إن كلمت فلاناً فامرأته طالق، فكلمه فإنه يقع عليه تطليقتان، ولا ينوّى.

وقال أشهب: إن كلَّم فلاناً لم يلزمه إلا طلقة ثم إن كلم إنساناً غيره لزمته أخرى، قال: وهو بين أنه يلزمه تطليقتان إن كلم فلاناً، إلا أن يكون حاشا

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٠.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ١٧٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٠.

(٤) قوله: (فلان) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٦٣، والتفريع: ٢/ ١٨.

(٦) قوله: (فصل) ساقط من (ث).

(٧) انظر: المدونة (صادر): ٩/ ٥.

فلاناً فحملهما مع عدم النية فيها على طلقة[١]. وقول ابن القاسم في هذا أحسن، ومحمل قوله أنه لا ينوّى على أن عليه بينة.

فصل

[فيمن قال لامرأته: إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق]

وقال مالك فيمن نازع امرأته ثم قال: إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق، فقالت: فإني أحب فراقك، ثم قالت: كنت لاعبةً، وما أحبُّ فراقك، قال: أرى ألا يقيم عليها تصدقه مرة وتكذبه أخرى[٢]. فحمل جوابها بما يوجب الفراق على الصدق؛ لأن قصده كان ما تجاوبه به، وإن قالت: أنا أحبك، لم يجبر على فراقها، وقد قيل في هذا: إنه يجبر على الطلاق، وقد تقدم ذلك في كتاب العتق.

وقال أشهب في كتاب محمد فيمن قال: امرأته طالق إن فلاناً فعل كذا وكذا، فقيل له: وكيف علمت ذلك؟ فقال: أخبرني فلان، قال: هو حانث إلا أن يكون له شاهدان عدلان.

وقال مطرف في كتاب ابن حبيب في رجلٍ قال لرجلٍ: بلغني أنك رفعت عليَّ إلى السلطان أن عندي صدقة، امرأتي طالق لأرفعن عليك، فحلف له ما فعلت فترك أن يرفع عليه حتى عزل الساعي فلا شيء عليه[٣]؛ لأن مراده: إن كان فعل، فلما حلف[٤] علم أن ذلك لم يكن فلا شيء عليه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣٥.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٦٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٧١.

(٤) قوله: (حلف) ساقط من (ب).

وقال ابن الماجشون: قد حنث لأنه حلف على تصديق من أخبره، ولا ينفعه أن يرفع عليه عند ساع آخر[١] ويمين المدعى عليه لا يبر بها الحالف؛ لأنه يتهم في يمينه أن يدفع بها عن نفسه أن يستعدي عليه الآخر، وعلى قول أشهب: لا يَبَرُّ إلا أن يخبره شاهدان أن الأمر كان على خلاف ما بلغه.

وقال مالك فيمن كان بينه وبين رجل شرٌّ، وكان[٢] لأحد الرجلين أخ فلقيه أخوه الذي كان نازع أخاه، فقال: قد بلغني الذي كان بينك وبين أخي أمس، امرأته طالق لو كنت حاضراً لفقأت عينيك، فقال: أراه حانثاً لأنه حلف على شيءٍ لا يبر فيه ولا في مثله[٣].

وقال في العتبية في رجلٍ كان بينه وبين رجل منازعة فجبذه بثوبه فقال له: لا تشقه عليَّ، فامرأته طالق لو شققته لشققت بطنك، وقال الثاني: امرأته طالق لو شققته لشققت كبدك إلا أن لا أقدر، فقال له مالك: استغفر الله لا شيء عليك، فقيل لمالك: كأنك لم تر عليه شيئاً إلا أن يشق الثوب، قال: نعم[٤].

(ب) ٣٢٠/ب

والقول الأول أصوب لأنه شاك: هل كان يبر في يمينه أم لا؟/ إذ لا[٥] يقدر على ذلك إلا أن يعلم أن له قوة على الآخر، وأنه كان يقدر أن يمتثل ذلك لأنه على أحد أمرين: إما أن يفعل أو يحال بينه وبينه فيصير كالمكره، إلا أن يقصد المبالغة[٦] كالذي حلف ألا يفارق غريمه ففرَّ منه أو يعلم أنه لا يفعل ذلك لأنه يخاف القصاص فيحنث.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٧١.

(٢) في (ح) و(س): (وقال).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٦١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٢٩٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٩٥، والبيان والتحصيل: ٦/ ٣٣.

(٥) قوله: (إذ لا) زيادة في (ب).

(٦) في (ح) و(س): (المغالبة).

فصل

[فيمن قال لامرأته: أنت طالق، ثلاث مرات]

وإذا قال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق[1]، هي ثلاث[2] إلا أن ينوي واحدة[3].

واختلف إذا قال: أنت طالق، وأنت طالق، وأنت طالق؛ هل يُنَوَّى إن قال: أردت واحدة؟ فقال مالك: فيها إشكال، ووقف فيها، وقال ابن القاسم: لا ينوى، وأرى أنه لا يعطف الشيء على نفسه، وأرى أن ينوى إذا أتى مستفتياً، وليس قبح ذلك في أنه لا يعطف الشيء على نفسه مما يوجب عليه طلاقاً؛ لأنه[4] لم ينوه؛ لأنه يقول: نويت بالثانية والثالثة[5] الأولى، وألا يكون ثانية ولا ثالثة، فهو طلاق بغير نية، وقد ذكر ابن شعبان فيمن قال: قد سرحتك، وقد سرحتك، وقد سرحتك -قولين:

أحدهما: أنها طالق ثلاثاً.

والثاني: أن القول قوله إن قال: أردت بالثاني تأخير الأول، ويحلف على ذلك، وهو إقراره، فقوله الأول: سرحتك إيقاع الطلاق، ثم قبل قوله في الثاني والثالث أنه لم يُرِدْ إحداث طلاقٍ[6]، وكذلك قوله: طلقتك وطلقتك وطلقتك، هو ثلاث، فإن قال: أردت بالثاني والثالث التأكيد -قُبِلَ قوله،

---

(١) قوله: (طالق، أنت طالق، أنت طالق) في (ح) و(س): (طالق طالق طالق).

(٢) في (ح) و(س): (بانت بثلاث).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٩، والنوادر والزيادات: ٥/ ١٣٥، والبيان والتحصيل: ٥/ ٢٣٠.

(٤) ساقط من (ح) و(س).

(٥) قوله: (والثالثة) ساقط من (ح) و(س).

(٦) انظر: الزاهي، لابن شعبان، لوحة رقم: [١٠٠/ أ، ١٠٠/ ب].

وكذلك قوله: أنت طالق، وأنت طالق، وأنت طالق؛ لأن طالقاً لفظ يراد به إيقاع الطلاق ويراد به الإخبار عن الماضي، كما قال في الذي طلق زوجته فقيل له: ما صنعت؟ فقال: هي طالق، وقال: أردت الإخبار عما كنت فعلت -إنه يصدق، وقد تقدَّم القولُ أن طالقاً ليس باسم للفاعل[1]، وإنما يراد به النسبة أنها ذات طلاق، وإذا قال: لم أرد بالثاني والثالث الطلاق -لم يكن عليه شيء، وإن قال: أنت طالق فأنت طالق، فأنت طالق -بانت بالثلاث. ولو قال: أردت بالثنتين توكيد الأول، ولا بينة عليه؛ لرأيت أن يصدق الوجه الذي تقدم أنه لفظ بغير نية، وانظر قوله عزَّ وجلَّ: ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا لَقِيَا غُلَٰمًا فَقَتَلَهُۥ ﴾ [الكهف:٧٤] هل جاءت الفاء هاهنا لمعنى أو زائدة؛ لأنها لو سقطت لكان الكلام مستقلاً بنفسه؟

فصل

[فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن دَخَلْتُ هذه الدار، ونحو ذلك من الألفاظ التي فيها إجمال واحتمال]

فإن قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، فطلقها ثم دخل؛ فإن دخل في العدة -والطلاق رجعي- حنث بطلقة أخرى، وإن دخل بعد انقضاء العدة، ثم تزوجها لم يحنث بذلك الدخول، إلا أن يدخل بعد أن عادت زوجة، فإن عادت إليه بعد أن تزوجت زوجاً ثم دخل؛ فإن كان الطلاق الأول ثلاثاً لم يحنث الآن بدخوله، وإن طلقها واحدة، ثم دخل -حنث بما بقي من طلاق ذلك الملك، وإن حلف ألا يدخل هذه الدار، فأدخل يده أو رأسه لم يحنث.

---

(١) في (ح) و(س): (الفعل).

واختلف إذا أدخل رجله؛ فقال مالك: يحنث[1]، كمن حلف لا آكل رغيفين، فأكل أحدهما أنه يحنث،[2] قال: وكذلك لو حلف على زوجته لا خرجت، فأخرجت رجلها، ثم ردتها -حنث[3]، وروى ابن وهب مثل ذلك عن ابن عمر، وسعد بن أبي وقاص،[4] وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إذا أدخل رِجْلاً واحدة، فإن كان وقوفه عليهما -لم يحنث، وإن كان وقوفه على الداخلة[5]، وقد أقل الخارجة ليدخل ثم ذكر فخرج حنث، فإن أدخل رأسه وصدره وهو قائم -لم يحنث، وإن كان مضطجعاً حنث؛ لأن هذا جل البدن، وإن أدخل رجليه إلى وسطه حنث[6].

وقال ابن القاسم وابن وهب وأصبغ: إن وضع رجله من وراء الباب أو في موضع من العتبة فمنع الغلق -فقد حنث[7]. فأحنثه مالك إذا أدخل رِجلاً لأن القصد اجتناب الدار، وعلى مراعاة الألفاظ لا يحنث، ولا يقال: دخل فلان دار فلان إذا أدخل رجله، ولا يسمى داخلاً إلا أن يدخل بجسمه، وكذلك الخروج؛ لا يحنث بإخراج رجل، ومن قال: امرأته طالق ليلة أدخل دار فلان، فدخلها نهاراً، أو قال: يوم أدخل، فدخلها ليلاً -لم يحنث[8]، أو

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨١.

(٢) قوله: (كمن حلف لا آكل رغيفين، فأكل أحدهما أنه يحنث) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨١.

(٤) قوله: (وروى ابن وهب مثل ذلك عن ابن عمر، وسعد بن أبي وقاص) ساقط من (ح) و(س).

(٥) زاد في (ح) و(س): (حنث).

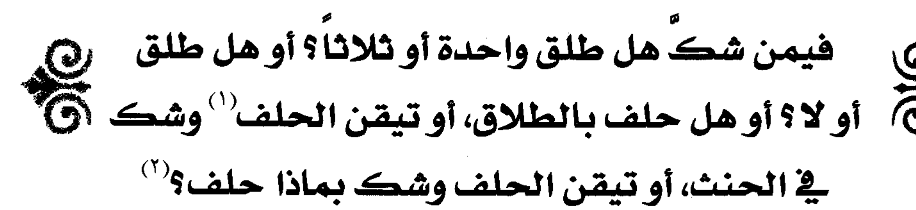
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨٢.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨٢.

(٨) في (ح) و(س): (حنث). وانظر: المدونة: ٢/ ٦٦.

قال: يوم أدخل دار فلان فدخلها ليلاً لم يحنث[1]، وإن قال: أنت طالق إن دخلتُها ليلاً، فدخلها نهاراً، أو حلف إن دخلها نهاراً، فدخلها ليلاً لم يحنث على مراعاة الألفاظ[2].

(١) قوله: (أو قال: يوم أدخل دار فلان فدخلها ليلاً لم يحنث) زيادة في (ح) و(س).
(٢) قوله: (على مراعاة الألفاظ) ساقط من (ح) و(س).



باب
فيمن شكَّ هل طلق واحدة أو ثلاثاً؟ أو هل طلق أو لا؟ أو هل حلف بالطلاق، أو تيقن الحلف[١] وشك في الحنث، أو تيقن الحلف وشك بماذا حلف؟[٢]

ومن المدونة قال مالك فيمن طلق زوجته ولم يدر هل طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً: فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره[٣].

وقال في كتاب ابن حبيب: يؤمر بالفراق من غير قضاء[٤]، فإن تزوجها بعد زوج ثم طلقها أمر ألا يرتجعها[٥] الآن، وألا يتزوجها إلا بعد زوج؛ لإمكان أن يكون الأول ثنتين[٦]، وقد أوقع بعد الطلاق الأول ثلاثاً. ويختلف في أمره في جميع ذلك هل هو على الوجوب أو يندب إلى ذلك من غير قضاء، ولا يختلف أنه يؤمر في أول مرة بالإمساك عن رجعتها ويتركها حتى تنقضي عدتها، ثم يتزوجها بعد زوج إن أحب، فإن هو ارتجع أمر ألا يصيب؛ لأنه لا يدري حلالاً أو حراماً، ويؤمر أن يوقع عليها طلقة أخرى؛ لإمكان أن يكون طلقة واحدة / فتكون الرجعة صحيحة، فلا تحل لغيره من غير طلاق؛ لأن الأول إنما منع لإمكان أن يكون ثلاثاً، ليس على وجه القطع أنها ثلاثاً، وإذا

(ب)
٣٢١/أ

---

(١) قوله: (الحلف) ساقط من (ح) و(س).

(٢) في (ح) و(س): (وضعت اللوحة ٦٩/ ب) مكان اللوحة (٧٠/ ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٦٧، عيون المجالس: ٣/ ١٢٤٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٩.

(٥) في (ح) و(س): (ألا يراجعها).

(٦) في (ح) و(س): (ثلاثاً).

امتنع الأول مع[1] الشك مع كونها حلالاً في الأول -كان الثاني أولى بالمنع؛ لأنه في شك من زوال عصمة الأول؛ فكان بقاؤها مع الأول بالشك أولى من إباحتها للآخر بالشك، إلا أن يوقع الأول عليها طلاقاً، فإن لم يفعل جبر على ذلك على قوله في المدونة، ولم يجبر على قوله في كتاب ابن حبيب، فإن لم يجبر وقف عنها، فرفعت أمرها إلى السلطان لأجل وقوفه عنها، وقالت: عليَّ في ذلك ضرر -طلق عليه الحاكم. فحرمها مالك في القول الأول؛ لأنه شاك في نفس المتناول هل هو حلال أو حرام؟ فأشبه من شك في الذكاة. ولم يحرمها في القول الآخر؛ لأنها في الأصل حلال بالزوجية، ففارق ما يفتقر إلى الذكاة؛ لأن الأصل فيها التحريم وعدم الذكاة حتى يثبت[2] أنه ذكي.

واختلف عنه في المتوضئ يشك في انتقاض طهارته؛ فقال مرة: يجب عليه الوضوء ولا يستفتح الصلاة إلا بطهارة متيقنة[3]، وقال مرة: يستحب ذلك؛ لأنه على طهارة فلا يسقط حكمها بشك.

واختلفت ألفاظ حديث النعمان في المشتبهات، فجعله مرة كالراعي حول الحمى وقال: «**يوشك أن يقع فيه**»[4]، فلم يجعله كالراعي في الحمى فيكون محرماً، ومنع الرعي[5] حوله حِمَاهُ خوف أن يقع في الحرام، وهو الحمى؛ فيكون

---

(١) في (ح) و(س): (على).

(٢) في (ح) و(س): (يعلم).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٢/ ٨٢.

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: ١/ ٢٨، في باب فضل من استبرأ لدينه، من كتاب الإيمان، برقم (٥٢)، ومسلم: ٣/ ١٢١٩، في باب أخذ الحلال وترك الشبهات، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٩٩)، من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.

(٥) في (ب): (الراعي).

الترك على وجه الاستحسان، ويختلف على هذا إذا شك هل طلق أم لم يطلق؛ لأنه كالذي أيقن بالوضوء وشك في الحدث، فمن أوجب الوضوء هناك حرمها هاهنا، ومن أبقاه هناك على الطهارة وجعل الوضوء استحساناً أمر هذا بالفراق على وجه الاستحباب، ولم يجبر، وكذلك إذا حلف بالطلاق وشك هل حنث أم لا؟ فقال ابن القاسم: يؤمر بالفراق[1]. ويختلف هل يجبر على ذلك أو يستحب، والمعروف من المذهب في هذين القسمين أنه على وجه الاستحباب.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب في الشك في الطلاق: يختلف، فمنه ما يقضى عليه به، ومنه ما لا يؤمر به ولا يقضى عليه، ومنه ما يؤمر به ولا يجبر عليه[2]، فأما من شك في طلاق امرأته ابتداءً يقول: لا أدري حلفت فحنثت أو لم أحلف، فإنه لا يؤمر بطلاقها بفتوى ولا بقضاء[3]، ومثل أن يحلف على امرأته بطلاقها ألا تخرج، ثم يشك هل خرجت أو لا؟ أو لا أكلم فلاناً، ثم شك هل كلمه؟ فهذا لا يؤمر بالفراق بقضاء ولا بفتوى، فإن تسبب له في ذلك سبب أو تريب[4] منها أن تكون فعلت لخبر قد بلغه لم يتحققه -أمر بالحوطة من غير قضاء[5]، وأما إن حلف على أمر إن كان وهو مما قد مضى مثل أن يقول: امرأته طالق إن كنت تبغضيني[6]، أو كتمت عني خبر كذا، فتقول: إني أحبك، أو قد صدقتك، أو حلف بذلك على رجل بطلاق امرأته إن كتمه

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٦٢، والبيان والتحصيل: ٥/ ٤٢٩، ٤٣٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٩، والبيان والتحصيل: ٥/ ٤٢٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٩٠.

(٤) في (ح) و(س): (يريب).

(٥) في (ب): (فضله).

(٦) في (ح) و(س): (تبغضني).

أمراً سأله عنه، فهذا كله وأشباهه مما الشك فيه قائم، وهو غيب من علمه وعمى من يقينه، فهذا الشك الذي يفرق بينه وبين امرأته في الفتوى والقضاء. وقال أصبغ: ومثله الذي شك هل حلف بواحدة أو ثلاثة، فإنه يفرق بينهما بالقضاء.

ومنه أن يحلف فيحنث فلا يدري بأي يمين حلف؛ بطلاق أو عتاق أو بالله أو بمشي أو بظهار؛ فإنه يلزمه هذه الأيمان كلها في الفتوى[1] والقضاء، إلا ما كان منها ليس من أيمانه، ولا يجري على لسانه.

وقال ابن القاسم في المدونة: لا يجبر على طلاق ولا عتق ولا صدقة ولا شيء من ذلك[2]، وإنما يؤمر بذلك في الفتوى[3]، قال الشيخ رحمه الله: أما قول أصبغ أنه يجبر على الصدقة والمشي؛ فخلاف المعروف من المذهب؛ لأنه في الصدقة على غير معين في يمين، وهو في المشي أبين ألا يجبر؛ لأنه حق لله تعالى لا يتعلق به حق لآدمي، وهو بمنزلة لو قال: إن كلمت فلاناً فعلي صلاة أو صوم؛ فإنه لا يجبر، وإن شك هل طلق واحدة أو ثلاثاً؟ أُمِرَ ألا يرتجع الآن ولا يقربها حتى تنكح رجلاً غيره، فإن تزوجها بعد زوج ثم طلقها -كان له أن يرتجع قولاً واحداً، فإن كان طلاقه الأول ثلاثاً فقد أحلها الزوج الآخر وبقيت عنده الآن[4] على تطليقتين، وإن كان الأول واحدة كانت هذه الطلقة ثانية، وبقيت عنده على واحدة، وإن طلقها طلقة أخرى -لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره؛ لإمكان أن

---

(١) في (ح) و(س): (الفتيا).
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٠.
(٣) في (ح) و(س): (الفتيا).
(٤) قوله: (الآن) زيادة في (ح) و(س).

يكون طلاقه الأول واحدة، فتكون هذه الثالثة، وإن شك هل طلق واحدة أو اثنتين -كان له أن يرتجع الآن، فإن ارتجع[١] ثم طلق -لم يرتجعها ولا يقربها[٢] حتى تنكح زوجاً غيره؛ لإمكان أن يكون الأول طلاقاً[٣] اثنتين، وإن شك هل طلق اثنتين أو ثلاثاً، ولم يشك في واحدة أنه أوقعها -لم يقربها إلا بعد زوج؛ لإمكان أن يكون ثلاثاً[٤]، وإن تزوجها بعد زوج[٥] ثم طلقها أمسك عنها أيضاً حتى تنكح زوجاً غيره؛ لإمكان أن يكون الأول اثنتين، فإن تزوجها أيضاً بعد زوج ثم طلقها -كان / له أن يرتجع، فإن كان الأول ثلاثاً فقد بقي له فيها طلقة، وإن كان الأول اثنتين فقد بقي له فيها اثنتين.

(ب) ٣٢١/ب

فصل

[فيمن قال لامرأته طلقتك وأنا صبي أو طلقتك وأنا مجنون]

وقال ابن القاسم فيمن قال لامرأته: طلقتك وأنا صبي؛ فلا شيء عليه، وإن قال: طلقتك وأنا مجنون؛ فلا شيء عليه إذا كان يعرف بالجنون[٦].

وفي كتاب الإقرار من كتاب محمد فيمن أقر لرجل بدار وقال: كنت يوم أقررت لك سفيهاً مولًّى عليَّ، أو صغيراً أو ضرب على يدي في فلس، أو

---

(١) في (ح) و(س): (ارتجعها).

(٢) قوله: (ولا يقربها) زيادة في (ح) و(س).

(٣) قوله: (طلاقاً) زيادة في (ح) و(س).

(٤) قوله: (أن يكون ثلاثاً) في (ح) و(س): (أن تكون ثالثة).

(٥) قوله: (بعد زوج) زيادة في (ح) و(س).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٦٩، والنوادر والزيادات: ٩/ ٣٨٥، والبيان والتحصيل: ١١/ ٢٧٧.

موسوساً أو حربياً أو خارجياً، قال: إن كان ثبت أنه كان كذلك -لم يلزمه إقراره الآن إذا حلف[١]، وأما قوله: وأنا صبي؛ فلا شيء عليه؛ لأنه معلوم أنه كان صغيراً إذا حلف أنه لم يقر إلا بما كان[٢] في ذلك الوقت. وقال محمد: إذا كان قوله قولاً متصلاً فهو مصدق؛ لأنه إقرار بلا بينة عليه، وهذا أصل أشهب: أنه لا يؤخذ بغير ما أقر به، وأصل ابن القاسم أنه مقر مدَّعٍ، وهو قوله في مسألة الدم[٣]، وفي الذيْنِ وجدا في بيت فأقرا بالوطء، وقالا: نحن زوجين، ويلزم على قوله ألا يقبل قوله إذا قال: طلقتك وأنا صغير أو مجنون، وهو معروف أنه كان يجن؛ إلا أن يعلم أنها كانت زوجة في الصغر، وفي حال كونه مجنوناً إلا أن يقول: كنت قلت: إن تزوجتك فأنت طالق، وقول أشهب في هذا كله حسن.

فصل

[فيمن قال لزوجته أصبعك طالق أو رجلك أو يدك أو شعرك أو كلامك أو قال أنت طالق نصف تطليقة]

وإن قال: أصبعك طالق أو رجلك أو يدك -كانت طالقاً[٤]، واختلف إذا قال شعرك أو كلامك[٥]، وقد مضى ذلك في كتاب التمليك، وإن قال: أنت طالق نصف تطليقة -لزمه طلقة[٦]، وإن قال: طلقة ونصف -كانت طلقتين،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٣٤٣.

(٢) قوله: (بما كان) زيادة في (ح) و(س).

(٣) في (ح) و(س): (الورم).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٦٩.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٣، ١٣٤.

(٦) قوله: (لزمه طلقة) ساقط من (ح) و(س).

وإن قال: طلقتين ونصف -بانت بثلاثٍ[١]، وإن كُنَّ أربع نسوة، فقال: بينكن طلقة، وقع على كل واحدة طلقة[٢]، وكذلك إذا قال: اثنتين[٣] أو ثلاث، وإن قال: خمس إلى سبع -كان على كل واحدة اثنتان، وإن قال: تسع -بانت كل واحدة بثلاث، وإن قال لواحدة: أنت طالق، ثم قال للأخرى أنت شريكتها - كان على الثانية طلقة. وإن قال للأولى: أنت طالق ثلاثاً وللأخرى: أنت شريكتها -كان على الأخرى اثنان، تَكْمُلُ النصف طلقةً، وإن كن ثلاث نسوة فقال لواحدة: أنت طالق ثلاثاً، وللأخرى: أنت شريكتها، وللثالثة: أنت شريكة الثانية على الثالثة[٤] -كان على الثالثة طلقة؛ لأنه إنما على الثانية طلقتان، وإن قال للثالثة: أنت شريكتهما -بانت بثلاث لأنها شاركت[٥] الأولى في ثلاث؛ فيقع عليها طلقتان والأخرى طلقة[٦].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٦٩، والإشراف: ٢/ ٧٤٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٣.

(٣) فى (ح) و(س): (اثنتان).

(٤) قوله: (على الثالثة) زيادة في (ح) و(س).

(٥) فى (ح) و(س): (تشارك).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٣، والبيان والتحصيل: ٦/ ٣٤٨.

باب



فيمن قال لزوجتيه: إحداكما طالق، وهو ينوي إحداهما أو لا نية له



ومن قال لزوجتيه إحداكن[1] طالق، وقال: نويت هذه -صدق. واختلف في يمينه هل يحلف أنه نواها، ولا أرى أن يحلف إذا نسق قوله، وإن لم يكن نسقاً، وكانت منازعته[2] معها، فإن قال: نويت الشابة أو الحسنة منهما، أو من يعلم منه الميل إليها -لم يحلف، وإن قال: نويت الأخرى حلف. إلا أن تكون المنازعة معها؛ فلا يحلف. وإن لم تكن عليه بينة لم يحلف على حال. وإن نوى واحدة ثم أنسيها -حرمتا عليه. فإن كان الطلاق رجعياً فارتجعا في العدة ونوى بالرجعة المطلقة -حلتا جميعاً. وإن لم يرتجع حتى انقضت العدة لم تحلا إلا أن يستأنف النكاح لهما. وإن كان الطلاق ثلاثاً لم تحلا إلا بعد زوج، ولا يوجب نفس التحريم طلاقاً. وإن انقضت العدة يُنَوَّى[3] الطلاق الأول إلا في واحدة، والأخرى في العصمة إلا أن يقوما بحقهما في الوطء. ويختلف هل يطلق[4] عليه إذا قامتا؛ إذ لا فائدة في الصبر، أو يتربص[5] حتى ينقضي أجل الإيلاء؛ رجاء أن تصبر[6] بعد أو يحدث لها رأي، والصبر ها هنا أحسن؛ لأنه يرجو أن يتذكر، فإن هو طلق ونوى التي لم يكن طلق -حلتا للأزواج، وإلا

---

(١) في (ب): (إحداهما).

(٢) في (ب): (منازعة).

(٣) في (ح) و(س): (سِوى).

(٤) في (ب): (تطلق).

(٥) في (ح) و(س): (تتربص).

(٦) في (ح) و(س): (يصبر).

طلق عليه السلطان ونُوِّيَ التي لم يكن[١] طلق، ولو رضيت واحدة بالمقام كان للأخرى القيام؛ لأنها تقول: إن كنت المطلقة فلا حق له علي، وإن كنت التي لم تطلق[٢] فلي حق في الإصابة، فإذا حيل بينه وبين ذلك كان إمساكي ضرراً عليَّ من غير منفعة له، وإن مات قبل أن تقوما -ورثاه الربع، إن لم يكن له ولد، والثُّمن إن كان له ولد؛ لأنه مات عن زوجة بيقين، ثم يقسمان ذلك بينهما بالسواء، وإن لم يكن دخل -كان عليه صداق ونصف يقتسمانه جميعاً، وإن ماتا قبله لم يرثهما على أحد القولين؛ لأنه في مال كل واحدة يجب على شك[٣] أن يتناول منه شيئاً هل له فيها أم لا؟ وقيل: يرث من كل واحدة نصف ميراثه، وإن ماتت إحداهما قبله والأخرى بعده -كان له من التي ماتت قبله نصف ميراثه على أحد القولين، وعلى القول الآخر لا شيء له، وكذلك التي بقيت بعده يختلف هل ترث منه نصف ميراثها أم لا؟ لأنه يمكن أن تكون هي المطلقة، وليس هذا بمنزلة إذا مات عنهما؛ لأنه مات عن زوجة بيقين، وإنما التنازع بينهما، والعدة إذا طلقتا من يوم يحكم بالطلاق، وكذلك إذا قامت إحداهما أن[٤] عدتها من يوم يطلق؛ لإمكان أن تكون هي / التي لم يتقدم فيها طلاق وإن مات عنهما اعتدت كل واحدة أربعة أشهر وعشرا؛ لأن كل واحدة تشك هل هي زوجة إلا أن يكون الموت عقيب الطلاق الأول وقبل أن يحكم عليه[٥] بالطلاق فتعتد كل واحدة أقصى العدتين، وإن كان الطلاق ثلاثاً، وإن

(ب)
٣٢٢/أ

---

(١) قوله: (لم يكن) زيادة في (ح) و(س).

(٢) في (ح) و(س): (يطلق).

(٣) قوله: (على شك) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله: (أن) زيادة في (ح) و(س).

(٥) قوله: (عليه) ساقط من (ح) و(س).

كان رجعياً فأربعة أشهر وعشرا، وإن ادعى الزوج أنه تذكر في التي طلق صدق، وسواء قال ذلك في العدة أو بعد انقضائها، وكل من ادعى النسيان والشك قبل قوله، إذا قال: تذكرت، وإن قال ذلك بعد موت إحداهما، فإن ادعى أن الحية هي التي لم تطلق صدق، وإن ادعى أنه طلق الحية ليرث الميتة لم يصدق.

فصل

[فيمن قال لزوجتيه إحداكما طالق ولا نية له]

واختلف إذا قال: لم تكن لي نية، فقال مالك مرة: تطلقان عليه جميعاً. يريد: إذا قامتا بالطلاق قال محمد: وهذه رواية ابن القاسم وابن وهب وأشهب، وروى المدنيون عنه أنه قال: يخير فيمن شاء منهما، فيوقع الطلاق عليها كالعتق[1]، وقال محمد: لا خيار في ذلك بخلاف العتق؛ لأنَّ العتق ربما تبعض في الأمة ولا يتبعض الطلاق، وقد يقع في العتق السهم، قال الشيخ رحمه الله: وهذه تفرقة في غير موضع الحاجة لأنه إذا قال: أحدكما حر؛ لم يتبعض العتق، وإنما أعتق واحداً[2] وطلق واحدة، ولو حمل على التبعيض لأعتق نصف كل واحد[3] منهما وهو لم يقل ذلك، وإنما قال هو بالخيار، يعتق أحدهما وإذا لم يجعل في ذلك خياراً كان العتق والطلاق في هذا الموضع واحداً، ويعود الجواب إلى ما تقدَّم إذا عيَّن واحدة ثم نسيها، أن له أن يرتجع في العدة، وينوى من لم يقع عليها طلاق، وتحلان له، وإن انقضت العدة استأنف النكاح،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٤٢.

(٢) في (ح) و(س): (واحدة).

(٣) في (ح) و(س): (واحدة).

ولا تحلان لغيره إلا أن يوقع الطلاق أو يوقعه الحاكم على الباقية منهما، فإن مات ورثاه.

فصل

[في عطف طلاق الزوجات بما فيه إبهام أو إضراب]

وإن قال: أنت طالق، أو أنت، كان بالخيار بين أن يطلق أيهما أحب[1]، ولو قال: أو[2] أنت بنية إحداهما بعد تمام قوله: أنت طالق، طلقت الأولى؛ لأنه لا يصح رفع الطلاق عنها بعد وقوعه، ولا تطلق الثانية لأنه جعل طلاقها على خيار، وهو لا يختار طلاقها لما طلقت الأولى، وإن قال: أنت طالق ثم قال لأخرى: بل أنت، طلقتا جميعاً[3] لأنه أوجب الطلاق في الثانية وإضرابه عن الأولى لا يرفع عنها طلاقاً، وإن قال: أنت طالق لا أنت، طلقت الأولى خاصة، لأنه نفى الطلاق عن الثانية إلا أن يريد بقوله "لا" النفي عن الأولى، ثم التفت إلى الثانية فقال: أنت؛ أي أنت التي تكون طالقاً، فتطلقان جميعاً[4]، وإن كن ثلاثاً فقال لاثنتين منهما: أنت طالق أو أنت، ثم التفت إلى الثالثة فقال: أو أنت، فإن طلق الأولى كان بالخيار بين الوسطى والآخرة، وإن طلق الثالثة كان بالخيار بين الأولى والوسطى، وإن طلق الوسطى لم يقع على الأولى والثالثة طلاق، وإن اختار إمساك الوسطى طلقت الأولى، وإن أمسك الأولى طلقت الوسطى خاصة، وإن أمسك الآخرة طلقت الوسطى؛ لأنه بإمساك الأولى والآخرة مختاراً لطلاق الوسطى، واختياره لطلاق الوسطى اختيار لإمساك

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٣٥٩.

(٢) قوله: (أو) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٤٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٤٥.

الأولى والآخرة، وإن قال لثلاث أيضاً: أنت طالق، أو أنت، بل أنت؛ فإن أراد بقوله: بل أنت الإضراب عن الثانية أي: أنت فيك الخيار بينك وبين الأولى، سقط الخيار فيها وكانت زوجة وطلقت الأولى، وكان بالخيار في الثالثة، وإن أراد بقوله: بل أنت أن يكون الخيار بينها وبين الثانية وتبقى الأولى زوجة كانت زوجة كما قال وطلقت الثانية، وكان بالخيار في الثالثة، وإن قال: أنت طالق بل أنت أو[1] أنت[2]، طلقت الأولى وكان بالخيار بين الوسطى والثالثة، وإن قال: أنت طالق لا أنت بل أنت؛ طلقت الأولى والآخرة، إلا أن يريد بقوله: «لا» رفع الطلاق عن الأولى، وإثبات الطلاق عن الثانية[3] طلق جميعهن، وفي كتاب ابن سحنون فيمن له أربع نسوة فقال لواحدة: أنت طالق، ثم قال[4] للثانية: لا أنت، ثم للثالثة: أو أنت، ثم للرابعة: بل أنت، وذلك نسق[5] قال: تطلق الأولى ولا شيءعليه[6] في الثانية، ويحلف[7] في الثالثة وتطلق الرابعة، قال: وقال بعض أصحابنا: يخير بين الأولى والثالثة، ولا شيء له[8] في الثانية، وتطلق الرابعة، قال[9]: ولو قال لثلاث نسوة: أنت طالق بل أنت أو أنت، ففي قول سحنون تطلق الأولى والثانية، ويخير[10] في الثالثة، وفي القول الآخر

---

(١) في (ح) و(س): (و).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٤٥.

(٣) في (ح) و(س): (الثالثة).

(٤) قوله: (قال) زيادة في (ح) و(س).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٤٥.

(٦) قوله: (عليه) ساقط من (ح) و(س).

(٧) في (ب): (يختلف).

(٨) قوله: (له) زيادة في (ح) و(س).

(٩) قوله: (قال) زيادة في (ح) و(س).

(١٠) في (ح) و(س): (ويحلف).

يخير[1] في الأولى والثالثة وتطلق الثانية، ولو قال: أنت طالق وللثانية: لا أنت، وللثالثة: بل أنت، وللرابعة: أو أنت، لخير في الأولى والرابعة ولم تطلق الثانية وطلقت الثالثة.

(١) في (ح) و(س): (يجبر).




باب
في الاستثناء في الطلاق

(ب) ٣٢٢/ب

/ ومن طلق زوجته وعلق ذلك بمشيئة فلا يخلو من أربعة أوجه: إمَّا أن يعلق ذلك بمشيئة الله تعالى[١]، أو بمشيئة آدمي حي أو ميت أو جماد[٢]، وقد تقدم في كتاب النذور ذكرُ الاستثناء بمشيئة الله عزَّ وجلَّ، فإن قال: أنت طالق إن شئتُ أو شئت أنت أو شاء فلان[٣]، لم يقع الطلاق إلا أن يوقعه هو أو هي أو فلان، فإن مات فلان[٤] قبل أن يعلم أو بعد أن علم، وقبل أن يقضي أو لم يعلم هل قضى بشيء أم لا؟ بقيت زوجة، وكذلك إن كان[٥] فلان ميتاً، ولم يعلم الزوج بموته فلا شيء عليه، واختلف إذا كان عالماً بموته فقيل: لا شيء عليه، وقيل: يقع عليه الطلاق، ويعد نادماً في قوله: إن شاء فلان. وإن قال: أنت طالق إن كلمت فلاناً، إلا أن يشاء فلان، وفلان ميت، كانت اليمين منعقدة، فإن كلمه طلقت عليه وإن قال: أنت طالق إن شاء هذا الحجر أو لا كلمت فلاناً إلا أن يشاء هذا الحجر، أو إن شاء هذا الحجر افترق الجواب، واختلف[٦] إن قال: إن شاء هذا الحجر، فقال ابن القاسم: لا شيء عليه، وقال سحنون: يقع عليه الطلاق ويعد نادماً، وكذلك قوله: إن شاء هذا الحجر على

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٠.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٧٠، ٧١.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٦.

(٤) قوله: (فلان) ساقط من (ح) و(س).

(٥) في (ح) و(س): (قال).

(٦) قوله: (واختلف) ساقط من (ح) و(س).

قول ابن القاسم لا شيء عليه[١]، وقال أصبغ في كتاب محمد فيمن نازع امرأته فغضب فقال: أنت طالق إن شاء هذا العمود، إنها طالق، إذا لم تكن المنازعة في العمود أنه عمود، ويحمل على أنه نادم[٢]، وأرى أن يحلف في جميع ذلك وينوى[٣] إن كانت عليه بينة، وإن جاء مستفتياً لم يحلف إلا أن تقوم الزوجة وتدعي أنه نادم وتريد يمينه فيحلف لأنه أتى بذلك نسقاً؛ فكان حمله على أنه أراد ذلك أولى لأن أدنى منازله أن يشك هل أراد ذلك أم لا، ولا يقطع أنه نادم، فلا تخرج من عصمته بالشك، قال أشهب في المجموعة: إن قال: والله لا أكلمك حتى يشاء هذا الحجر، فلا يكلمه أبداً لأنه استثنى مشيئة من لا يشاء، واختلف إذا قال: أنت طالق ثلاثاً أنت طالق ثلاثاً إن فعلت كذا وكذا، قال مالك: يلزمه الطلاق بقوله الأول والثاني ندم[٤]. وقال ابن القاسم: يحلف ما كان ذلك منه، إلا تكراراً، ثم هو على يمينه وهذا أبين.

واختلف إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء فلان، فقيل: الطلاق لازم، ولا ينفعه استثناء؛ لأن الطلاق لا يرتفع بعد وقوعه؛ بخلاف قوله: إن شاء فلان، فإن الطلاق غير واقع حتى يوقعه فلان. وقال أصبغ في المنتخبة: إذا قال: أنت طالق إلا أن يمنعني أبي، فمنعه أبوه، فلا شيء عليه إذا منعه، فردَّ عليه وهو بمنزلة من قال: إلا أن يشاء أبي، فلم يشأ أبوه[٥]، قال: وأصل ذلك قوله: أنت طالق إن شاء أبي، يريد أن قوله: إلا أن لا يشاء أبي[٦] يبين أنه لم يرد أن يكون

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢، ٥٣.
(٣) في (ح) و(س): (ويبرأ).
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٠.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٧٠.
(٦) قوله: (يشاء أبي، فلم يشاء... إلا أن لا يشاء أبي) ساقط من (ح) و(س).

وقوع الطلاق منه؛ وإنما أراد أن يكون موقوفاً[(١)] على ما يشاء أبوه، فإن كره لم يكن طلاقاً.

فصل

[فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو قال إلا اثنتين]

فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة[(٢)]، لزمه تطليقتان[(٣)] واختلف إذا قال: إلا اثنتين؛ فقال محمد: يصح استثناؤه، ويلزمه طلقة[(٤)]. وقيل: لا يصح ويلزمه الثلاث، وذكر أبو محمد عبد الوهاب في مقدمة الأصول منعه، قال: وأجازه الجمهور من أصحابنا، قال: ودليلنا أن موضع الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لانتظمه، وهذا حاصل في الكثير كحصوله في القليل، ولأنه ليس يتعلق في منعه إلا بقبحه وأنه قليل في الاستعمال، أو معدوم، وهذا لا يؤثر لأن الكلام في الصحة لا في القبح ولا في الحسن، قال الشيخ ﷺ: الاستثناء بالطلاق يصح فيما كانت النية فيه قبل أو حدثت قبل تمام الطلاق وانعقاده، وإذا كان كذلك فلا يخلو المستثني أن يكون مستفتياً أو عليه بينة، فإن كان مستفتياً صح استثاء الأكثر والجميع، ولو قال: أنت طالق واحدة إلا واحدة لم يلزمه شيء[(٥)] إذا قال: نويت ذلك قبل النطق بالطلاق أو بعد في موضع لو سكت لم يكن طلاقاً؛ لأنه طلاق بنطق من غير نية ويختلف إذا كانت عليه بينة، لأن قبحه يصيره في معنى من أتى بما لا يشبه، وبمنزلة من قال: أنت

---

(١) في (ب): (موقعاً).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٠.

(٣) في (ح) و(س): (لزمته طلقتان).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٠، ١٣٢، والمعونة: ١/ ٥٦٩.

طالق إن شاء هذا الحجر، فقد اختلف هل يعد نادماً، ويختلف أيضاً إذا طلق اثنتين إلا واحدة[١] لأن واحدة من اثنتين ليست الأقل وهو بمنزلة من قال: ألف إلا خمسمائة، وأما الإقرار بالدين فإن استثنى الأقل[٢] صدق، ويختلف إذا استثنى الأكثر فعلى أصل قول[٣] أشهب لا يؤخذ بغير ما أقر به، وعلى القول الآخر لا يصدق، لأنه أتى بما لا يشبه ويعد نادماً إلا أن يُشْهِد قبل أن يقر أنه يستثني الأكثر فيكون ذلك له قولاً واحداً، ولأنه لو أشهد أن لا شيء له عندي؛ وإنما أُقِرُّ بذلك لأستخرج به شيئاً كتمنيه، أو لأتوصل بذلك لشيء لا[٤] أني أدفع ما أقر به لم يكن عليه شيء، فهو إذا استثنى الأكثر أبين ألا يؤخذ بغير ما أقر به، والمستقبح من هذا أن يستثني عدداً من عدد فيقول: ألف إلا تسعمائة، أو قال: عبيدي أحرارٌ إلا الصقالبة أو الحمران، وهم الأكثر، أو عقاري حبس إلا الضياع الفلانية، وهي الأكثر والأجود؛ لكان ذلك له؛ لأنه مطلق الأول لم يتضمنه حقيقة ويمكن أن يريد البعض[٥] وبخاصة على من لم يقل / بالعموم، وليس كذلك مطلق قوله: ألف.

(ب) ٣٢٣/أ

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٠، ١٣٢.
(٢) في (ح) و(س): (الأول).
(٣) قوله: (قول) ساقط من (ح) و(س).
(٤) قوله: (لأتوصل بذلك لشيء لا) في (ح) و(س): (لا يتوصل بذلك لأمر ليس لأني).
(٥) في (ح) و(س): (البضع).

باب
في الطلاق قبل النكاح والعتق والصدقة قبل الملك

الطلاق قبل النكاح على وجهين: أحدهما[١] عام والآخر[٢] خاص، فيسقط إذا عم، ويختلف فيه إذا خص، الأول قول الحالف: كل امرأة أتزوجها فهي[٣] طالق؛ فيمينه ساقطة؛ لأن يمينه تقتضي عموم النساء، والأزمنة والبلدان، وذلك حرج، والحرج ساقط بالقرآن[٤].

واختلف إذا عم ملك اليمين فقال: كل أمة أتسراها حرة، فقيل: لا شيء عليه كعموم الطلاق. وقيل: يلزمه؛ لأنه أبقى النكاح. وهو أحسن؛ لأن العمدة التزويج، وعليه معظم الناس، والتسري في جنب النكاح يسير، ولا تلحق المضرة بالاقتصار على النكاح، وتلحق بالاقتصار على التسري، وللناس رغبة في التناسل، ورغبة عن ذلك من الإماء، وإن قال: كل أمة أتزوجها طالق -لزمه؛ لأنه أبقى الحرائر، واختلف إذا قال: كل حرة أتزوجها طالق، وأرى أن لا شيء عليه، وسواء كان ذا طول أم لا؛ لأن الاقتصار على الإماء مما يدرك به الحرج؛ قياساً على عموم النكاح إذا أبقى التسري، ولأن المعرة تدرك بتزويج الإماء، ولا تدرك بتسريهن، فكان النكاح في ذلك أشد، وتدركه المعرة أيضاً بإرقاق ولده.

واختلف إذا خص في النكاح فسمى امرأةً أو جنساً أو قبيلةً أو بلداً أو

---

(١) قوله: (أحدهما) ساقط من (ح) و(س).

(٢) قوله: (والآخر) ساقط من (ح) و(س).

(٣) قوله: (فهي) ساقط من (ح) و(س).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٧١.

زمناً يبلغه عمره؛ هل يلزمه ذلك؟ وإن قال: كل بكر أتزوجها أو كل ثيب فهي طالق -لزمه على القول أنه إذا خص يلزمه اليمين، واختلف إذا قال: كل بكر ثم قال: كل ثيب، أو كل ثيب ثم قال: كل بكر[1]؛ هل تلزمه اليمين الثانية؟ وأن لا شيء عليه أحسن؛ لأنه قد عم جميع النساء، ولم يبق من يتزوج، وإن قال: أول امرأة أتزوجها[2] طالق -لزمه[3]؛ لأنه أبقى ما بعد الأولى، فلا يحنث إلا في امرأة واحدة، واختلف إذا قال: آخر امرأة أتزوج طالق، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: لا شيء عليه، وقال في العتبية: وهو مثل من حرم جميع النساء؛ لأنه كلما تزوج امرأة فرق بينه وبينها، قال[4]: ولعل تلك المرأة آخر امرأة يتزوجها، فلا تستقر معه امرأة، وقال محمد وسحنون: يلزمه ذلك، ويوقف عنها؛ خوف ألا يتزوج غيرها، فإن تزوج غيرها حلت الأولى، ويوقف عن[5] الثانية، فإن تزوج ثالثة؛ وقف عنها، وحلت الثانية[6]، وإن تزوج رابعة وقف عنها، وحلت الثالثة[7]، والصواب أن لا شيء عليه في أول امرأة يتزوج؛ لأنه لم يعقد فيها يميناً، إذا قال: آخر امرأة، علمنا أنه جعل لنكحه أولاً ولم يرده باليمين وأخرى علق به اليمين[8] وإذا قال: أول امرأة أتزوج طالق ثم قال بعد

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٨.

(٢) في (ب) و(ث): (أتزوج).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٤.

(٤) قوله: (قال) ساقط من (ح) و(س).

(٥) في (ح) و(س): (على).

(٦) في (ح) و(س): (الثالثة).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٣.

(٨) قوله: (إذا قال: آخر امرأة... وأخرى علق به اليمين) ساقط من (ب).

ذلك: آخر امرأة أتزوج[1]-انعقد اليمين فيهما جميعاً، بخلاف من قال: كل بكر ثم قال: كل ثيبٍ؛ لأن هذا قادر على أن يصيب بغير حنث، فإن تزوج بامرأة - طلقت؛ لأنها أول، وإن تزوج ثانية كانت اليمين منعقدة فيها؛ لأنه قادر على أن يتزوج أخرى وتحل الثانية.

واختلف إذا قال لزوجته[2]: كل امرأة أتزوجها عليك في حياتك وبعد وفاتك طالق، فقال ابن القاسم في الدمياطية: يلزمه فيما تزوج في حياتها، ولا يلزمه فيما تزوج بعد وفاتها. وقال أشهب: لا يلزمه[3] شيء، وهو بمنزلة من قال: لا أتزوج أبداً، وهو أبين؛ لأن المفهوم والقصد ألا يتزوج أبداً، هذا في حق الله تعالى، وأما في حق الزوجة فإن لها أن تقوم بطلاق ما يتزوج في حياتها؛ لأنها تقول: جعلت ذلك لئلا يدخل عليَّ ما يسوءني في حياتي، فزدت على[4] ذلك بعد وفاتي على أن أقوم بما يكون في حياتي؛ لأنه مما يقدر على الوفاء به، ويسقط ما بعد ذلك. وقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها غيرك طالق: لزمه ذلك، قال: وهو بمنزلة قوله: كل امرأة أتزوجها عليك طالق، وقال محمد: لا شيء عليه[5]، وإنما تكلم ابن القاسم على ما يجب من حق المرأة؛ لأن القصد في مثل ذلك ألا يسوءها بضرة في حياتها، يتزوجها عليها، ولا يتزوج بعدها، وأوجب ذلك لها عليه، فوجب أن يوفي لها

---

(١) قوله: (ثم قال بعد ذلك: آخر امرأة أتزوج) ساقط من (ب).

(٢) في (ح) و(س): (لامرأته).

(٣) قوله: (يلزمه) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله: (على) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٧.

بما يكون في حياتها، وقبل أن يطلقها؛ لأن ذلك لا حرج عليها فيه[١]، فكانت في هذا الوجه بمنزلة من قال: لا أتزوج عليك، ولا بعد وفاتك.

فصل

[فيمن حلف ألا يتزوج إلى أجل]

وقال مالك فيمن حلف ألا يتزوج إلى أجل كذا مما يرى أنه يعيش إليه - لزمه، وإلا لم يلزمه[٢]. وقال في غلام له عشرون سنة حلف في سنة ستين ومائة أن كل امرأة يتزوجها إلى سنة مائتين طالق؛ إن اليمين لازمة له[٣]، والقياس في هذا أن لا شيء عليه؛ لأنه قد عم المعترك من العمر، وزمن الشبيبة الوقت / الذي يحتاج إليه في مثل ذلك، ويشق عليه الصبر فيه، ولم يبق إلا الموت أو قلة حراك[٤]، وأرى: أنه لو قال: كل امرأة أتزوجها بعد ثلاثين سنة أو أربعين سنة، وهو ابن عشرين سنة؛ أنه يلزمه؛ لأنه أبقى لنفسه الزمن الذي يحتاج إليه لذلك، وعم زمناً لا يلحقه في مثله[٥] مشقة، والمضرة التي تلحقه إذا حلف أنه لا يتزوج إلى أربعين سنة أعظم من المضرة التي تلحقه إذا أبقى لنفسه هذه السنين، وعلق المنع بما بعدها، واختلف إذا كان الأجل حياة فلان، فقال: كل امرأة أتزوجها ما عاش فلان طالق، فقيل: يلزمه لإمكان أن يموت[٦] فلان قبله، وقال مالك في مختصر ما ليس في المختصر: لا شيء عليه. يريد:[٧] لإمكان

(ب)
٣٢٣/ب

---

(١) قوله: (فيه) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٧٢، والنوادر والزيادات: ٥/ ١٢٠.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٧٢.

(٤) قوله: (الموت أو قلة حراك) في (ح) و(س): (موت أو قلة حركة).

(٥) قوله: (في مثله) في (ح) و(س): (فيه).

(٦) في (ح) و(س): (يكون).

(٧) قوله: (يريد:) ساقط من (ب).

أن يموت هو قبل فلان، فيكون بمنزلة من عم جميع الأزمنة، وإن قال: كل امرأة أتزوجها من قبيل كذا -لزمه. وإن قال: إلا من قبيل كذا، فإن كان ذلك القبيل واسعاً لزمه، وإن كان قليلاً لم يلزمه. وإن قال: كل امرأة أتزوجها من مدينة كذا -فيلزمه[١]. وإن قال: إلا من مدينة كذا، فإن كانت كبيرة لزمه، وإن كان فيها النفر اليسير لم يلزمه، وهذا قول ابن القاسم، وإن قال: كل[٢] امرأة أتزوجها فنوى فلانة لم يلزمه. قال محمد: ولو قالت له تلك المرأة: أنا أسهل عليك وأتزوجك -لم يلزمه. وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: الذي سمعنا من مالك وغيره من علماء المدينة إذا قال: كل امرأة أتزوجها إلا فلانة طالق -أن ذلك يلزمه[٣]. قال ابن الماجشون، وإن كان التي استثنى متزوجة أو أيِّماً ثم تزوجت[٤] كانت اليمين لازمة[٥]، وينتظر رجوعها، وكذلك لو تزوجها ثم طلقها ألبتة؛ فإنه ينتظرها[٦]؛ لأنها قد تتزوج فيبرأ أو يموت عنها فترجع حلالاً، ولو كانت صغيرة وتبلغ مبلغ النكاح في حياته وقبل انتهاء تعميره -لزمه، ولو تزوجها وهي في عدة من غيره ودخل بها خرج من يمينه؛ لأنها لا تحل له أبداً. وقال مطرف: إذا كانت التي استثنى متزوجة أو أيماً فتزوجت فقد خرج من يمينه[٧]. فرأى مالك على هذا القول أن الأصل: انعقاد اليمين إذا علقها بمن تتزوج، إلا أن يعم النساء، فيسقط للحرج، فإذا

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٣.

(٢) قوله: (كل) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٨.

(٤) في (ب): (متزوجة).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٨.

(٦) قوله: (فإنه ينتظرها) ساقط من (ح) و(س).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٨.

استثنى ما يرفع الحرج والتضييق عنه -لزمه، فإن قال: كل امرأة أتزوجها إلا الزوجة التي معي أو إلا فلانة، فرضيت بتزويجه -لزمه؛ لأن الواحدة تحصن وتعف، ويمنع من أخرى إذا كان على طريق التوسع، ولا يمنع إذا كان للضرورة، ولا إذا لم ترض فلانة بتزويجه، ويلزم على هذا إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق -أن يباح له واحدة، ويمنع ما سواها إلا أن تكون ضرورة إلى أخرى.

فصل

[فيمن قال إن لم أتزوج من الفسطاط فكل امرأة أتزوجها طالق]

وقال ابن القاسم فيمن قال: إن لم أتزوج من الفسطاط فكل امرأة أتزوجها طالق، قال: أرى ألا يتزوج إلا من الفسطاط وإلا لزمه الحنث[1]، وقال سحنون: لا يحنث فيما يتزوج من غير الفسطاط، ويوقف عنها وتكون بمنزلة من قال: إن لم أتزوج من الفسطاط فامرأتي طالق، وقول ابن القاسم أشبه، لأن قصد الحالف في مثل هذا أن كل امرأة يتزوجها قبل أن يتزوج من الفسطاط طالق، وقال محمد فيمن حلف ألا يتزوج بمصر فله أن يتزوج بغير مصر حضرية مقيمة بمصر إلا أن يقول مصرية، أو كانت تلك نيته، ولا يتزوج مصرية كانت بمصر أو بغيره، وإن حلف ألا يتزوج مصرية فلا بأس أن يتزوج بمصر غير مصرية، يريد: ما لم يطل مقامها وتصير على طباعهم وسيرتهم، واختلف فيمن حلف ألا يتزوج بمصر في الموضع الذي يجوز أن يعقد فيه النكاح إذا خرج عن مصر، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا لم تكن له نية

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٢.

فالقياس إذا خرج إلى حيث يبتدئ فيه القصر إذا خرج[1]، ولا يتم فيه إذا قدم ألا يلزمه يمين، والاستحسان أن يتجاوز القدر الذي يجب فيه إتيان الجمعة، وهو أحب إليَّ، وإن تزوج في دون ذلك في موضع تقصر فيه الصلاة إذا خرج لم أفسخه، وقال مالك في كتاب ابن حبيب: إذا كانت قرية يجمع أهلها ألا يقصر حتى يجاوز الثلاثة أميال ورآه[2] قراراً واحداً، وعلى هذا لا يتزوج حتى يجاوز ثلاثة أميال، وإن تزوج دون ذلك حنث، وقال ابن حبيب فيمن حلف ألا يتزوج بقرطبة، فإن نوى الحاضرة لزمه على ثلاثة أميال، وإن لم يكن له نية لزمه حتى يجاوز يوماً وليلة أربعين ميلاً فأكثر[3].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٤.

(٢) في (ح) و(س): (يراه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١١٤.



باب
ما لا يتكرر من الطلاق أو يتكرر



اليمين بالطلاق على ثلاثة أوجه؛ امرأة معينة أو جماعة معينين أو جماعة مجهولين، فإن كانت امرأة معينة فقال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، أو إذا تزوجت أو متى تزوجتها فتزوجها كانت طالقاً، فإن تزوجها بعد ذلك فلا شيء عليه، ولا يحنث فيها إلا مرة واحدة(١)، وإن قال: كلما تزوجتها تكرر عليه الطلاق كلما تزوجها(٢)، وإن قال: متى ما تزوجتها حنث بتزويجها مرة، ولم يتكرر إلا أن يريد بقوله "متى ما" "كلما"(٣)، وقال مالك في كتاب محمد فيمن قال: إن تزوجت فلانة أبداً فهي طالق، فإن تزوجها طلقت عليه، فإن تزوجها بعد ذلك فلا شيء عليه(٤) فلم ير لقوله "أبداً" تأثيراً في تكرار الطلاق؛ لأنَّ إطلاق قوله: إن تزوجتك فأنت طالق على الأبد ما كان حياً، فكان ذكره الأبد وسكوته عنه سواء، واختلف إذا عين امرأة وضرب أجلاً أو سمى بلداً، أو قال لزوجته: إن تزوجتها عليك، فقال محمد فيمن قال لامرأة بعينها: إن تزوجتك عشر سنين فأنت طالق، فتزوجها فطلقت عليه، فله أن يتزوجها في العشر سنين(٥)؛ لأنه سمى امرأة/ وكذلك إن قال: إن تزوجت فلانة بمصر أبداً فهي طالق، يريد: أنه يَبَرُّ فيها بمرة واحدة، ولا يتكرر عليه بعد ذلك

(ب) ١/٣٢٤

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٥٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٨.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٧١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٧.

الطلاق، وإن تزوجها بمصر، وقال عبد الملك: إن قال: إن تزوجت فلانة على امرأتي فهي طالق، قال: هذا يلزمه فيها كلما تزوجها عليها؛ لأنه أراد ألا يجمع بينهما، وفرق بينه وبين قوله: إن تزوجتك عشر سنين أو بمصر، قال محمد: ولم يعجبنا هذا[1]، ولا يلزمه فيها حنث بعد إذ قَدْ[2] فرغ من الحنث، وقال ابن القاسم في العتبية: إن قال: إن تزوجت فلانة على امرأتي هو بمنزلة من قال: إن تزوجت فلانة بمصر فهي طالق، فكلما تزوجها بمصر طلقت عليه، وإن حنث فيها مراراً، أو تزوجت أزواجاً فإن يمينه يلزمه أبداً[3]، قال: وهو بمنزلة من قال: إن تزوجت فلانة في[4] هذه السنة فهي طالق، فتزوجها فحنث ثم تزوجها في السنة حنث فيها أيضاً، والأول أقيس لاتفاقهم إذا لم يسم أجلاً أو بلداً، أو كانت اليمين معلقة بجميع الأزمنة حياته أو البلدان أن اليمين لا يتكرر عليه، فكذلك لا يتكرر عليه اليمين إذا ضرب أجلاً أو سمى بلداً، وفائدة يمينه في قصره على الأجل أو على البلد أن اليمين ساقطة عنه فيما بعد ذلك الأجل أو بغير ذلك البلد الذي يلزمه في المرة الواحدة التي خص يمينه بها فهو الذي يلزمه إذا عم.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٧.

(٢) قوله: (قد) زيادة من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٦، ١٢٧.

(٤) قوله: (في) زيادة في (ح) و(س).

فصل

[فيمن قال لنساء معينات أيتكن تزوجت فهي طالق]

وإذا كانت اليمين على جماعة معينين، فقال: إن تزوجتكن، أو من أتزوج منكن، أو أيتكن تزوجت فهي طالق؛ كانت اليمين على جميعهن، فإن تزوج واحدة كانت طالقاً وبقيت اليمين منعقدة في البواقي، فمن تزوج منهن بعد ذلك فهي طالق أيضاً، وإن تزوج بمن طلقت عليه جاز له إمساكها، ولم يتكرر عليه فيها الطلاق إلا أن يضرب فيهن أجلاً أو يسمي بلداً، فيعود الخلاف المتقدم هل يتكرر الطلاق[1] فيمن تزوجها ثانية بعد أن طلقت عليه إلا أن يقول كلما يتكرر الطلاق فيمن يتزوج، وإن كانت اليمين على مجهول فسمى قبيلاً أو فخذا أو بلداً أو قال: من الموالي، فيتكرر عليه[2]، فإن تزوج امرأة منهن فطلقت عليه عادت في مجهول من حلف عليه، فإن تزوجها ثانية طلقت عليه، وسواء أطلق ذلك أو ضرب أجلاً، وقال: إن تزوجت أو متى أتزوج، ومن كتاب ابن سحنون فيمن قال: إن تزوجت من بني فلان أو من بنات فلان فهي طالق، فإن كانوا معروفين بحصر أو بعدد[3] فهم كامرأة واحدة فلا يتكرر الحنث، فإن تزوج منهن فطلقت ثم تزوجها ثانية فلا شيء عليه، قال: وقيل: إن قال من بني فلان فلا تكون إلا مجهولة، وإن قال: من بنات فلان فلا تكون إلا في القليل، يحاط بهن إلا أن يقول: من بنات تميم أو عدي أو بني زهرة[4].

---

(١) قوله: (الطلاق) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٣.

(٣) في (ح) و(س): (ويعدون).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٥.

قال الشيخ رحمه الله: وكذا إن سمى بنات قرية صغيرة فهي كالمعينات أو قبيلة من مِصْرٍ كبيرة وهن فيه قليل فلا يتكرر، وقال ابن القاسم في العتبية: إذا قال بنات فلان أو أخواته ولم ينص أسماءهن فاليمين يعود عليه فيهنَّ أبداً، والأول أصوب ولا فرق بين أن يسميهن أو لا[1] يسمى.

فصل

[فيمن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق]

وقال مالك فيمن قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق إنها طالق بنفس العقد، ولها نصف المسمى، وإن دخل بها كان لها صداق واحد[2] ويفرق بينهما وإن ماتا لم يتوارثا، وعدتها منه إن هو مات ثلاث حيض، وقال ابن القاسم في العتبية: إن دخل بها لم يفرق بينهما، وبلغني عن ابن المسيب أن رجلاً قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، قال: يتزوجها وإثمه[3] في عنقي، وزعم المخزومي أنه[4] ممن حلف على أمه بمثل ذلك[5].

وقال أبو مصعب فيمن حلف بطلاق كل[6] امرأة ينكحها إلى أجل يبلغه عمره، أو سمى بلداً ألا ينكح فيه أو قبيلة من الناس أو صنفاً من الأصناف، فتمامه أحب إليَّ، ومن وجدته قد نكح بعد يمينه هذه لم أفسخه، وفي مختصر ما ليس في المختصر قال: وسأل نافع مولى ابن عاصم مالكًا فقال: إني حلفت

---

(١) قوله: (لا) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٥٢، والمعونة: ١/ ٥٦٧، والإشراف: ٢/ ٧٢٩.

(٣) في (ح) و(س): (وإثمها).

(٤) قوله: (أنه) ساقط من (ح) و(س).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٣٥.

(٦) قوله: (كل) ساقط من (ح) و(س).

بطلاق كل امرأة أنكحها ما دامت أمي حية، فأمره مالك أن يتزوج واحدة[(١)]، فأخذ[(٢)] مالك مرة بالحديث: «**لاَ طَلاَقَ قَبْلَ نِكَاحٍ**»[(٣)]، ومرة قدم القياس لأنه إنما أوقع الطلاق بشرط وجود النكاح، واختلف إذا ضرب أجلاً ثم خشي العنت، فقال ابن وهب وأشهب: لا يحل له ذلك وإن خشي الزنى، وقال ابن القاسم: له أن يتزوج[(٤)]، قال في كتاب محمد: وقد اختلف الناس في هذا النكاح، فأجازه سعيد بن المسيب، قال: وإن قال: كل جارية أملكها إلى أجل كذا[(٥)] أو خاف العنت فلا سبيل له إلى ذلك، فإن فعل حنث، قال أصبغ: وهما عندي في القياس سواء، وإن قول ابن القاسم أحب إليَّ لتأكيد العتق وضيقه وسعة الناس في النكاح، واختلف إذا قال: كل مال أفدته إلى أجل كذا صدقة. وقال مالك وابن القاسم: يلزمه. وقال ابن القاسم أيضاً في العتبية: لا شيء عليه، قال: وإنما الصدقة فيمن حلف على ما يملك يوم حلف.

وقال ابن الماجشون / وأصبغ في كتاب ابن حبيب: لا شيء عليه، وإن ضرب أجلاً أو سمى بلداً، ولا يلزم إلا فيما كان يملك، قال: ولا يشبهه الطلاق ولا العتق[(٦)].

(ب) ٣٢٤/ب

---

(١) قوله: (واحدة) زيادة في (ح) و(س).

(٢) قوله: (فأخذ) ساقط من (ح) و(س).

(٣) أورده البخاري معلقا: ٥/ ٢٠١٧، في باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق، بنحوه من حديث عبد الله بن عباس ﵄، وأخرجه ابن ماجه: ١/ ٦٦٠، في باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق، برقم (٢٠٤٨)، من حديث المسور بن مخرمة ﵄، قال البوصيري في المصباح المنير ٢/ ١٢٦: هذا إسناد حسن.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٧٢.

(٥) قوله: (كذا) ساقط من (ح) و(س).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠.

قال الشيخ ﵀: الحديث ورد في الطلاق والعتق والصدقة، فقال ﷺ: «**لاَ نَذْرَ لِابْنِ آدَمَ فِيمَا لاَ يَمْلِكُ، وَلاَ طَلاَقَ فِيمَا لاَ يَمْلِكُ، وَلاَ عِتْقَ فِيمَا لاَ يَمْلِكُ**»[1]، قال الترمذي: وهذا قول أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم، ولا فرق بين الطلاق والعتق والصدقة لأنه في جميعهم عقد قبل الملك، فإما أن يسقط الجميع أو يثبت ويفترق الجواب بعد القول بلزوم ذلك في الصحة والفساد، فيكون النكاح فاسداً والعتق والصدقة جائزين[2]؛ لأن النكاح يبقي المبيع على[3] صاحبه، ولو قالت: أتزوجك على أني طالق لم يجز، ولم تستحق صداقاً إن تزوجته، ولا فرق بين أن يكون ذلك شرطا منه أو منها، وهي بمنزلة من قال: أبيعك هذه السلعة على أن تبقى لي وأقبض الثمن بالثمن هبة يبطله الفلس والموت، وإن تزوجت حنث في يمينه ولا شيء عليه إن تزوجها بعد ذلك إذا كانت اليمين على امرأة بعينها، ولا تستحق صداقاً لأنه فاسد فسخ قبل الدخول، وقال مالك: النكاح جائز ولها نصف الصداق، وإن دخل كان لها صداق واحد. وقال ابن نافع في كتاب المدنيين: القياس أن لها صداقاً ونصفاً[4]، وإن شرط لامرأته[5] أن كل امرأة: أتزوجها عليك طالق لزمه ذلك،

---

(١) أخرجه أبو داود: ١/ ٦٦٥، في باب في الطلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق، برقم (٢١٩٠) بنحوه، والترمذي: ٣/ ٤٨٦، في باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق، برقم (١١٨١)، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال: حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٢) قوله: (جائزين) ساقط من (ح) و(س).

(٣) في (ح) و(س): (إلى).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٥٣.

(٥) في (ح) و(س): (لزوجته).

وهذا بخلاف الأول؛ لأن الوفاء بهذا من حق الزوجة، وقد قال النبي ﷺ: «**إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ**»[1].

وقال ابن القاسم فيمن قال: كل امرأة أتزوجها من الفسطاط طالق، فوكل رجلاً يزوجه فزوجه من الفسطاط وبنى بها، قال: تطلق عليه ولا شيء على الوكيل إن لم يكن نهاه عن ذلك[2]، قال الشيخ رحمه الله: ولو علم الوكيل بيمينه فزوجه كان متعديًا، وإن لم ينهه، وكذلك إن لم يعلمه بيمينه وقدم إليه ألا يزوجه من الفسطاط، ولا شيء للزوجة على الزوج إذا ثبت ذلك وكان الوكيل موسراً، وإن كان معسراً غرم الزوج ورجع على الوكيل متى أيسر، وإن تقارر الزوج والوكيل قبل الدخول أن اليمين تقدمت ولم تصدقهما المرأة، فرق بينهما لإقرار الزوج على نفسه وغرم الزوج ورجع على الوكيل.

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٩٧٠، في باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، من كتاب الشروط، برقم (٢٥٧٢)، وأخرجه مسلم: ٢/ ١٠٣٥، في باب الوفاء بالشروط في النكاح، من كتاب النكاح، برقم (١٤١٨)، من حديث عقبة بن عامر ﷺ.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٤/ ٥٦٩.

باب



فيمن حلف ليتزوجن على زوجته هل يبر بتزويج غير الأكفاء أو بالأمة أو بالعقد دون الدخول



ومن حلف ليتزوجن على زوجته فتزوج حرة مثلها من مناكحة تزويجا صحيحاً وبنى بها قبل أن يطلقها ـ بر في يمينه قولاً واحداً، واختلف إذا انخرم أحد هذه الشروط الأربعة فتزوج من غير الأكفاء أو أمة أو نكاحاً فاسداً، فدخل أو نكح[1] نكاحاً صحيحاً وطلق قبل البناء، فقال ابن القاسم: إذا كان النكاح فاسداً لم يبر به[2]. يريد: وإن دخل إذا كان مما يفسخ بعد الدخول، وإن كان مما يثبت بعد بر به، والقياس أن يبر، وإن فسخ بعد لأنه إنما حلف ليتزوجن فقد تزوج، ولأن القصد أن يسوءها بمباشرة غيرها، وقد فعل ولا فرق عند الأولى[3] أن يكون ذلك[4] عن صحة أو فساد، وأيضاً فإن الحالف لا يعرف صحيح ذلك من فاسده، والوجه الذي فعله هو الذي أراد بيمينه، ولو أصاب في النكاح الصحيح مرة ثم طلق لبر بذلك، وقد اختلف في هذا الأصل، فقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن حلف ليصيبن زوجته اليوم فوجدها حائضاً فأصابها في ذلك لبر بذلك[5]، وقال في العتبية: لا يبر ولو حلف أنه لا يصيبها فأصابها في الحيض حنث قولاً واحداً، واختلف إذا حلف بعتق أمة ليبيعها فوجدها حاملاً منه، فقال مالك: تعتق عليه، وقال محمد وسحنون: لا شيء عليه كمسألة الحمامات[6]، فحمل مالك اليمين على مراعاة

---

(١) قوله: (نكح) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٧٧.

(٣) قوله: (عند الأولى) في (ح) و(س): (والأول).

(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٥٠.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٥٠.

الألفاظ؛ لأنه حلف ليوجدن منه فعل فلم يوجد ولم يحنث في القول الآخر، لأن القصد إذا كان البيع يصح ولو كان عالماً أنها حامل لبر بالعقد، وإن نقض لأنه المقصود بيمينه ويحنث إن لم يفعل حتى خرج اليوم الذي حلف ليبيعها فيه، واختلف إذا تزوج امرأة ليست من مناكحه فقال مالك: لا يبر، قال محمد: وسهل فيها ابن القاسم، وإن تزوج أمة لم يبر على قول مالك. وقال ابن القاسم: يبر إذا كان لا يجد طولاً للحرة، وإن كان واحداً عاد الخلاف المتقدم هل يبر بالنكاح الفاسد، وقول ابن القاسم في هذا أحسن؛ لأن المراد نكايتها بذلك، وذلك يَحْصُلُ بالشريفة والوضيعة، ولأن العادة جارية عند اليمين بمثل ذلك تزويج الدنية ومن لا رغبة في المقام معها / ويقول: أفعل ذلك لأبر في يميني، واختلف هل يبر بالعقد، فقال مالك وابن القاسم: لا يبر. وقال أشهب: يبر. وإن طلق قبل البناء، يريد: لأن التزويج يقع على العقد حقيقة، ورأى مالك أن القصد بالتزويج الدخول، واختلف إذا حلف ليتزوجن في هذا الشهر فتزوج فيه ودخل في غيره، ففي كتاب محمد أنه حانث، وقاله مالك في العتبية، والأمر في هذا أشكل ممن طلق، ولم يدخل لأن الشأن التراخي بالدخول عن العقد، ولو حلف ليتزوجن اليوم فتزوج وأخر الدخول فهو أبين، وليس المراد أن يكون العقد والدخول في يوم واحد، ويختلف إذا حلف لينكحن على زوجته فمن قال: إن النكاح لا[1] يقع إلا[2] على الدخول لم يَبَرّ بالعقد، ومن قال: إنه يقع على العقد حقيقة عاد الجواب إلى ما تقدم إذا حلف ليتزوجن، ولو حلف أنه لا يتزوج على زوجته أو لا ينكح عليها، فإنه يحنث بالعقد لأن القصد اجتناب ذلك جملة، وألا يسوءها بشيء منه.

(ب) ٣٢٥/أ

---

(١) في (ح) و(س): (إنما).
(٢) قوله: (إلا) ساقط من (ح) و(س).

باب




فيمن تزوج امرأة على أنه[1] إن تزوج عليها كان أمرها أو أمر تلك بيدها أو هي أو تلك طالق أو تسرى عليها فهي حرة أو أمرها بيدها

وقال مالك فيمن تزوج امرأة على إن تزوج عليها كان أمر نفسها بيدها، فتزوج عليها كان لها أن تطلق نفسها بالثلاث دخل بها أو لم يدخل[2]، وليس له أن يناكرها، فإن طلقت نفسها واحدة لزمته، فإن لم يدخل بها بانت، وإن دخل كانت له الرجعة، وقال الشيخ أبو محمد عبد الله[3] بن أبي زيد: أعرف لسحنون وغيره أن الطلقة بائنة لأنها شرط في أصل النكاح. قال الشيخ رحمه الله: إنما شرطت رفع الضرر وألا تكون مع ضرة، ولا يشترط عدداً، فمن قال إنه تصح البينونة بواحدة حمل اختيارها على واحدة، ومن قال: لا تبين إلا بالثلاث حمل اختيارها على الثلاث؛ لأن المطلوب أن تبين، وأرى أن يحمل اختيارها قبل البناء على واحدة، وقول ابن القاسم أنها إن طلقت بعد الدخول بواحدة جاز، وكانت رجعية بخلاف المعروف من المذهب، والمعروف أنه متى كان التمليك بالثلاث، فإنه لا يقبل قوله، وإن ادعى واحدة فقضت بواحدة لم يصح قضاؤها، ويسقط ما بيدها، وإن شرط إن هو تزوج عليها فأمر الثانية بيدها كان مضمون التمليك القضاء بواحدة بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه هاهنا ليس له أن يدخل حتى يسقط ما بيدها فلا قضاء لها قبل الدخول، فإن دخل قبل أن

---

(١) قوله: (أنه) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٣٥.

(٣) قوله: (عبد الله) زيادة في (ح) و(س).

يعلمها كان متعدياً، قال ابن القاسم في كتاب محمد: ولها أن تطلق بالثلاث إن أحبت[1]، وليس ذلك بدخول، يريد: أنه دخول فاسد، قال: وإن طلقت واحدة كان له الرجعة، وقال ابن القاسم في العتبية فيمن دخل بزوجته وهي حائض ثم طلقها لم يكن له رجعة، فعلى هذا لا يكون لها أن تقضي إلا بواحدة، وهذا اختلاف قول، والأول أبين، وكذلك إذا قال: إن تزوجت عليك فأنت طالق أو التي أتزوج، فإن جعل الطلاق في الثانية بانت بواحدة لأنها بنفس التزويج طالق قبل الدخول، واختلف إذا جعل الطلاق في الأولى، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: هي طالق ألبتة[2]، وليس له أن يقول: أردت واحدة، وقاله ابن وهب، وقال أشهب: هي واحدة، وله أن يرتجعها لأنها إنما اشترطت طلاقاً، والطلاق واحدة، وعلى قول سحنون تكون واحدة بائنة، وإن كان ذلك الشرط بعد عقد النكاح، فقال: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فتزوج عليها فقضت بالثلاث، وناكرها كان القول قوله لأنه متطوع وله الرجعة إذا كان قد دخل بها، إلا أن تكون أعطته على ذلك مالاً فيكون فداء، فإن اشترطت طلاقاً بانت بواحدة، وإن شرطت تمليكاً لم يكن لها أن تقضي قضاء إلا بواحدة، وتكون بائنة.

فصل

[في أن الشرط المعلق على المستقبل لا يشمل الزوجة السابقة]

وقال مالك فيمن تزوج امرأة على أنه إن تزوج عليها، فالتي يتزوج طالق فتبين أنه قد كانت له زوجة قبل ذلك فلا شيء عليه، وله أن يصيبها، قال: ولو

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٧.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢٤٥.

شرط أنه لا يتسرى عليها فظهر أن له أم ولد لم يكن له أن يقربها، قال ابن القاسم: وسواء كانت عالمة بها أو لم تعلم ولها أن يعتقها إن هو وطئها[1]، قال أصبغ: وكذلك غير أم ولد من الإماء، فجعل تمادي التسري كالابتداء، وهذا بخلاف قوله: إن تزوجت فليس التمادي تزويجاً، ويختلف إذا قال: إن نكحت عليك فمن حمله على العقد لم يجعل عليه شيئاً، ومن حمله على الوطء يكون كالتسري[2].

وقال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول في الرجل تكون له امرأتان فيحلف لكل واحدة[3] منهما أن كل امرأة أنكحها عليك طالق ألبتة، أنه إن نكحها عليها فالتي ينكح عليها طالق ألبتة، فجعل التمادي على النكاح نكاحاً.

فصل[4]

[في رجوع الزوجة عن شرطها عليه ألا يتزوج ولا يتسرى وما يَعْرُضُ لها في ذلك]

(ب) ٣٢٥/ب

/ واختلف فيمن تزوج امرأة على إن تزوج عليها أو تسرى أو خرج بها من بلدها كان أمرها بيدها، فأذنت له في ذلك ثم رجعت قبل أن يتزوج أو يتسرى، فقال مالك وابن القاسم: لا رجوع لها في ذلك، وقال أيضاً: إن رضيت عندما أراد التزويج أو التسري أو السفر لزمها، وإن كان على بعد لم

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٨.

(٣) قوله: (لكل واحدة) في (ح) و(س): (لواحدة).

(٤) قوله: (فصل) ساقط من (ح) و(س).

يلزمها، وقال أشهب: لا يلزمها ذلك قرب أو بعد، ولها أن تقوم بحقها في ذلك إن تزوج أو تسرى أو سافر، ورأى أن تركها ذلك كان قبل الوجوب، وإن رضيت بذلك بعد أن تزوج لم يكن لها رجوع[1]، وإن طلق التي تزوج كان له أن يرتجعها في العدة، وإن انقضت العدة لم يكن له أن يتزوجها إلا برضاها.

واختلف في السفر والتسري هل لها أن ترجع، وإن كان رضاؤها بعد أن تسرى أو سافر ثم رجعت عن ذلك ومنعته التمادي على التسري أو السفر[2] فذكر محمد في ذلك قولين، وألا مقال لها في ذلك أحسن إلا أن يريد في مقامه في السفر على عادته أو على ما يرى أنه يقيم إذا لم تكن له عادة، وكذلك التسري لا مقال لها إلا أن يكون قد تقدمت له عادة في مقام الجواري عنده، فخرج عن العادة، وإذنها على ثلاثة أوجه، فإذا أذنت له في امرأة بعينها أو جارية بعينها أو سفر بعينه، فإن عينت كانت على شرطها فيما سوى ذلك المعين، ولا يمين عليها، فإن طلق تلك الزوجة أو باع الجارية عادت عليه فيها اليمين ودخل في مجهول من حلف عليه، وإن لم تعين وأذنت أن يتزوج أو يتسرى أو يسافر كان محمله على مرة، قال محمد: وتحلف أنها لم تأذن إلا على مرة، وإن أسقطت ذلك جملة لم يكن لها قيام إلا على قول أشهب، وقال في المدونة: إذا تزوج عليها فلم تقض شيئاً ثم تزوج أخرى كان لها أن تقضي وتحلف[3]، وقول محمد في هذا ألا يمين عليها أحسن؛ لأنها إنما رضيت بمعينة، واختلف إذا قال: كل امرأة أتزوجها عليك طالق أو أمرها بيدك، فطلق زوجته ثلاثا ثم تزوجها بعد، هل

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٨٤، ٢٠١.

(٢) قوله: (أو السفر) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٧٧.

تعود اليمين عليه؟ وإذا طلقها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة، ثم تزوج الأولى على الثانية أو قال: إن تزوجت عليك فأمر التي أتزوج عليك بيدك، فتزوج عليها فلم تقض حتى طلق الأولى، واختلف في هذه الثلاث مسائل، فقال مالك في المدونة: إذا قال: كل امرأة أتزوجها عليك طالق أو أمرها بيدك فطلق الأولى ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج فلا شيء عليه[١]، قال محمد: إنما ذلك إذا كان اليمين بطلاق الأولى[٢]، وكل شرط كان لها في أصل النكاح أو بعده أو بغير شرط بتمليكها نفسها، وأما ما كان من طلاق غيرها فقال: كل امرأة أتزوجها عليك طالق، أو إن تزوجت عليك فلانة أو من ولد فلان فهي طالق، فطلق زوجته ألبتة، ثم تزوجها بعد زوج ثم تزوج عليها، فذلك لازم لأن اليمين بالطلاق لم تكن فيها، قاله مالك، وهذا الخلاف راجع إلى هل تحمل الأيمان على موجب اللفظ أو على ما يقصده الحالف، فأما على مراعاة الألفاظ، فاليمين باقية لأنه حلف ألا يتزوج عليها، فقد تزوج عليها، وعلى مراعاة المقاصد لا يحنث؛ لأنه إنما حلف لها في عصمة ملكها[٣] عليها ألا يدخل عليها فيها مضرة.

واختلف إذا طلق واحدة فانقضت عدتها ثم تزوج امرأة، ثم تزوجها هي هل[٤] هو حانث؟ فقال أشهب: لا شيء عليه[٥]؛ لأنه لم ينكح عليها إنما

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٥.

(٣) في (ب): (ملكه).

(٤) قوله: (هل) ساقط من (ح) و(س).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٦.

ينكحها هي على غيرها، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: إن كان ذلك شرطاً في أصل النكاح فاليمين له لازمة[1]؛ لأنه إنما أراد ألا يجمع معها غيرها، قال: وقال مالك: وإن كان ذلك طوعاً من بعد عقد[2] النكاح فلا شيء عليه، إنما زعم أنه لم يرد ألا يجمعها مع غيرها أو لم يرد ألا يدخل عليها امرأة، قال: وكذلك قال مالك في الذي يشترط[3] لامرأته: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك أو كان ذلك طوعاً بعد عقد النكاح إن النية له في الطوع ولا نية له في الشرط[4].

وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد: إذا قال: كل امرأة أتزوجها عليك فأمرها بيدك، فتزوج عليها، ثم لم تعلم حتى طلق الأولى، فعلمت وأرادت أن تطلق عليه الثانية، قال: فلا شيء لها[5]. وقال أصبغ: لها أن تطلقها عليه[6]، وهذا أشبه لأنها قد ملكت طلاقها وصار ذلك حقاً بيدها فلا يزيله[7] طلاقه إيَّاها. وقال محمد فيمن قال: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فتزوج عليها فلم تعلم حتى ماتت الثانية أو فارقها، قال: ذلك بيدها تطلق نفسها إن شاءت[8]، وعلى قول عبد الملك: ليس لها أن تطلق نفسها.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٦.

(٢) قوله: (عقد) ساقط من (ح) و(س).

(٣) في (ح) و(س): (شرط).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٧.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٠٦.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٥.

(٧) في (ن): (فلا يلزمه).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٨٨.

فصل

[فيمن قال لزوجته كل امرأة أتزوجها عليك طالق ثم تزوج امرأة على أن كل امرأة له طالق]

وقال محمد فيمن قال: كل امرأة أتزوجها عليك طالق، ثم تزوج امرأة على أن كل امرأة له طالق، قال: تطلقان جميعاً، وقال ابن القاسم: لا طلاق في الثانية[1] والأول أصوب؛ لأن تزويج الثانية كان والأولى في عصمته فهي طالق بشرطه الأول، وتزويج الثانية يوجب طلاق الأولى لأنه تزوجها، والأولى في عصمته، ولو قال: كل امرأة أتزوجها عليك / طالق ألبتة، ثم قال: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ألبتة أو واحدة، ولم يضرب أجلا، فلا يقرب زوجته، قال محمد: ولا يخلو بها ولا يتلذذ حتى يتزوج، وله أن يحنث نفسه مكانه بتلك الطلقة إن شاء، ولا يقدر أن يطأ زوجته لموضع الشرط لأن الثانية طالق بنفس العقد بشرط الأولى، فهو يكف عن امرأته ويكون بذلك موليا، فإن رفعت أمرها ضرب له أجل المولي[2] أربعة أشهر قال[3]: ولا يبر إلا بالوطء التام، يريد أنه لا يجوز له الوطء لأنها طالق بنفس العقد، فإن تعدى وفعل بر في يمينه بمنزلة من حلف: ليبيعن[4] فلانا الحر، لأن هذا يعلم أن يمينه الأولى تمنعه أن يصيب غير امرأته.

(ب) ٣٢٦/أ

قال محمد: وهذا قول مالك وأصحابه: ابن القاسم وابن وهب وعبد الملك

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٤، ٢٠٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٥.

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله (ليبيعن) في (ح) و(س): (ليفعلن).

وأصبغ[1]، كلهم يقول[2]: لا يبر إلا بالمسيس ولو كان حراما؛ لأنه يطأ غير امرأته لأنه بالعقد تحرم عليه، وإن ضرب أجلا كان أخف لأنه يصيب، فإذا قرب الأجل صالحها، فإذا انقضى الأجل راجعها بنكاح جديد، وقد اختلف فيمن ضرب أجلا وكان على حنث، هل له أن يصيب في ذلك الأجل أم لا؟[3].

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٥.

(٢) قوله (يقول) في (ح) و(س): (يقولون).

(٣) قوله: (أم لا) زيادة من (ح) و(س).




باب
في الطلاق بالكتاب

اختلف في الصفة التي يكتب بها الغائب إذا أحب الطلاق على ثلاثة أقوال، فقال ابن القاسم: يكتب إذا جاءك كتابي وأنت طاهر فأنت طالق، ولا يزيد على ذلك[1]، فإن كانت طاهرا وقع الطلاق، وإن كانت حائضا بقيت زوجة، وإن كانت حاملا كتب: إن كنت حاملا أو طاهرا بعد أن وضعت فأنت طالق، ولا يزيد على ذلك، فإن كانت على ما شرط وقع الطلاق، وإن كانت نفساء بقيت، وأجاز أشهب في كتاب محمد أن يقول: إن كنت حائضا فأنت طالق إذا طهرت[2]، وهذا صحيح على أصله؛ لأنه يقول: من قال لزوجته وهي حائض: أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تطهر، وقال أحمد بن المعذل في المبسوط: يكتب بإيقاع الطلاق يوم كتب الكتاب، ولا يكتب: إذا طهرت من حيضتك بعد وصول كتابي إليك فأنت طالق، فأما من قال: إن منع الطلاق في الحيض شرع غير معلل، فإنه يكتب على ما ذهب إليه ابن القاسم ومن قال إنه معلل لئلا يطول عليها العدة[3] فإنه يجيز أن يوقع عليها[4] الطلاق الآن، وقد لا يصل الكتاب إلا وقد انقضت عدتها، وقد يجوز ذلك مع[5] تسليم القول أنه شرع للضرورة؛ لأن المنع يؤدي إلى بقاء عصمة من يكره، وقد تبعد المسافة ويجب إسقاط النفقة، وإن كانت الزوجة صغيرة أو يائسة جاز أن يكتب بإيقاع الطلاق

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٢.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩١، والبيان والتحصيل: ٥/ ٣٧٢.
(٣) قوله: (العدة) ساقط من (ح) و(س).
(٤) قوله: (عليها) ساقط من (ح) و(س).
(٥) قوله: (مع) في (ح) و(س) (على).

الآن، وإذا كتب وهو عازم على الطلاق وقع الطلاق، وإن لم يخرج الكتاب عن يده، وإن كتب وهو غير عازم لم يقع طلاق، وإن خرج عن يده إذا علم أنه أخرجه لينظر في ذلك.

واختلف إذا خرج الكتاب عن يده، ولم يعلم هل كان عازما أم لا، فقال ابن القاسم في المدونة: ذلك له وله أن يرده ما لم يبلغها الكتاب[١]، وقال محمد: ذلك له ما لم يخرجه[٢] عن يده ويحلف، فإن خرج عن يده كان كالناطق به وكالإشهاد، قاله مالك[٣]، وسواء كان في خط[٤] الكتاب: أنت طالق، أو: إذا جاءك كتابي فأنت طالق، فلا يُنَوَّى إذا خرج الكتاب من يده، وإن لم يصل إليها، وقال[٥] مالك فيمن قال: خدعتني امرأتي حتى كتبت لأبيها بطلاقها ليقدم، صدق إن[٦] كان مأمونا[٧] ولم يحلف[٨]، وفرق بين الكتاب لأبيها بذلك أو إليها[٩] لأنه يتصور في الكتاب إلى أبيها ما ادعاه، ولا يتصور مثل ذلك في الكتاب إليها.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٨.

(٢) قوله (يخرجه) في (ح) و(س): (يخرج الكتاب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٢.

(٤) قوله: (خط) ساقط من (ح) و(س).

(٥) قوله (قال) في (ح) و(س): (قول).

(٦) قوله (إن) في (ح) و(س): (فإن).

(٧) قوله (مأمونا) في (ح) و(س): (مأمورا).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٧٠.

(٩) قوله (إليها) في (ح) و(س): (واليها).




باب
في طلاق المجنون والسكران والسفيه والمكره[(١)] والصبي والنصراني

طلاق المجنون غير لازم إذا كان مطبقا، وإن لم يكن مطبقا وإنما هو كالاختلاط والناقص العقل لزمه[(٢)]، وطلاق السكران على وجهين، فإن كان سكره بغير خمر لم يلزمه، قال ابن المواز: ومن[(٣)] أُسْقِي سيكراناً[(٤)] فحلف بطلاق أو عتق لم يلزمه إذا شربه وهو لا يعلمه[(٥)]. قال: وقد قيل إذا شربه وهو عالم لدواء أو نحوه، فلا شيء عليه بخلاف الخمر[(٦)]، واختلف إذا كان سكره بخمر فقال مالك مرة: يجوز طلاقه وعتقه، ويقتص منه إن قتل، ويقطع إن سرق، ويحد إن افترى أو زنا، ولا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا هبته ولا نكاحه، قال سحنون: وعليه أكثر الرواة[(٧)]، وذكر أبو الفرج في كتابه الحاوي أنه لا يجوز طلاقه، وعلى هذا لا يجوز عتقه، ولا يحد إن زنا أو افترى، ولا يقطع إن سرق، ولا يقتص منه إن قتل، وتكون فيه الدية كالخطأ، لأنه حينئذ كالمجنون، وقال ابن نافع: يجوز عليه كل ما فعل من بيع أو غيره[(٨)] يريد النكاح والهبات وغيرها.

---

(١) قوله (المكره) في (ح) و(س): (المكروه).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٧٩.

(٣) قوله (ومن) في (ب): (فيمن).

(٤) في (ب): (بسيكران).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٤٣، والبيان والتحصيل: ٦/ ٣١٣.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٤٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٦٢، ٥٦٣.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٦٢.

(ب) ٣٢٦/ب

وروى ابن نافع وأشهب عن مالك أنه قال: إن استوقن / أنه سكران لم يجز بيعه، قال: وأخاف إن ربح قال كنت صحيحا، وإن خسر قال كنت سكرانا، قيل له: أترى نكاحه مثل ذلك، قال: نعم، ومن يعلم أنه سكران إذا يقتل، ويقع في الحدود ويسرق، ويقول كنت سكران لا أدري ما هذا[١]، فوقف في الجواب لإمكان أن يكون لم يستغرقه السكر، وأرى إذا صح اختلاطه أن يجرى في أفعاله على أحكام المجنون، ولا فرق بين أن يكون سكرانا[٢] بخمر أو بغيره[٣] ولا يجوز أن يشرب شيئا مما يصده عن ذكر الله وعن الصلاة سيكرانا كان أو غيره.

فصل

[في طلاق المكره]

وقال مالك: طلاق المكره غير لازم[٤]، وذكر ابن وهب في كتاب ابن سحنون عن عمر وعلي وعبد الله بن عمر وابن عباس وعبد الله بن الزبير وعطاء ابن أبي رباح وعبيد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود[٥] ومجاهد وطاوس وعمر ابن عبد العزيز وعبد الرحمن بن القاسم بن محمد ويزيد بن قسيط والحسن البصري وشريح أن طلاق المكره غير لازم[٦]، وذكر غيره مثل ذلك عن ابن عون وأيوب السختياني والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور، وأجازه النخعي

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٦٢.

(٢) قوله (سكرانا) في (ح) و(س): (سكرانه).

(٣) في (ح) و(س): (غيرها).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٧٩، والنوادر والزيادات: ٤/ ٥٦٣.

(٥) قوله (عتبة بن عبد الله بن مسعود) في (ح) و(س)، (ث): (عبيد بن عمير).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٨٣، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٢٥٣، ٢٥٤، ٣٠٦.

والشعبي وأبو قلابة والزهري وقتادة وأبو حنيفة وصاحباه[١]، واحتج من نصر القول الأول بقول النبي ﷺ: «**حُمِلَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**» أخرجه البخاري ومسلم[٢]، وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «**لاَ طَلاَقَ فِي إِغْلاَقٍ**»[٣]، قيل: معناه في إكراه، فطلاق المكره على ثلاثة أوجه يسقط في وجهين ويثبت في ثالث، فإن جعله نطقا بغير نية لم يلزمه، والصحيح من المذهب فيمن وقع منه الطلاق بغير نية أن لا يلزمه، وإن لم يكن مكرها فهو في المكره أبين، وإن نوى الطلاق وهو عالم ذاكر بأن يجعله لفظا[٤] بغير نية لزمه؛ لأن النية لا تدخل تحت الإكراه وهو طائع بالنية، وإن لم تكن مهلة عند الإكراه فيجعله نطقا بغير نية، أو كان يجهل إخراج النية لم يلزمه على الظاهر من المذهب، وقد يحمل الاختلاف، وقول من ألزمه الطلاق على هذا القسم.

والإكراه على وجوه وهو أن يكره على إيقاع الطلاق، أو على أن يحلف بالطلاق أن لا يفعل شيئا، ثم يفعله طوعا أو على أن يحلف ليفعلن فلا يفعل، وكذلك إن[٥] حلف بالطلاق أن لا يفعل شيئا، فأكره على فعله مثل أن يحلف أن لا يدخل دار فلان فحمل حتى أدخلها، أو أكره حتى دخلها بنفسه أو حلف ليدخلنها في وقت كذا، فحيل بينه وبين ذلك حتى ذهب الوقت فهو في جميع

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٥٤، ٢٥٥.

(٢) لم أقف عليه في الصحيحين، والحديث سبق تخريجه في كتاب الطهارة، ص: ١٨٥.

(٣) أخرجه أبو داود: ١/ ٦٦٦، في باب في الطلاق على الغلط، من كتاب الطلاق، برقم (٢١٩٣)، بلفظ: (غلاق)، وابن ماجه: ١/ ٦٦٠، في باب طلاق المكره والناسي، من كتاب الطلاق، برقم (٢٠٤٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) قوله (لفظا) في (ب): (نطقا).

(٥) قوله (إن) في (ح) و(س): (إذا).

ذلك غير حانث، فأما إن حمل حتى أدخل لم يحنث لأن ذلك الفعل لا ينسب إليه، ولا يقال: فلان دخل الدار، ويختلف إذا أكره حتى دخل بنفسه أو حيل بينه وبين الدخول إذا حلف ليدخلن، فمن حمل الأيمان على المقاصد لم يحنثه، ومن حملها على مجرد اللفظ حَنَّث لأن هذا دخل ووجد منه الفعل وينسب إليه، والآخر حلف ليحلفن فلم يوجد منه ذلك الفعل، وقد اختلف فيمن حلف ليذبحن حمام يتيمه[1] فوجدها قد ماتت، وقال في المدونة فيمن حلف بعتق أمته ليبيعنها فوجدها حاملا منه، قال: تعتق عليه، ولا فرق إذا لم يوجد منه ذلك الفعل بين أن يكون ذلك بموت أو لحمل أو لإنسان منعه منه.

فصل

[في معنى الإكراه]

والإكراه هو ما ينزل بجسم المكره من مثلة أو ضرب أو تضييق بقيد أو سجن أو يتقي أن ينزل به مثل أن يهدده بقتل أو بقطع أو بضرب أو تقييد[2] واختلف في التهديد بالسجن وأراه إكراها في ذوي الأقدار وليس بإكراه في غيرهم إلا أن يسجن أو يهدد بطول المقام فيه واختلف إذا كانت اليمين ليدفع عن ماله خاصة فإن لم يحلف أخذ منه أو ليدفع عن غيره أذى في جسم أو مال فقيل: هو مكره، وقال أصبغ: إن قال له السلطان احلف لي على كذا وإلا أغرمتك مالا كذا أو عاقبتك في غير بدنك عقوبة توجعك فيحلف دراءة[3] عن ماله فهو حانث، وكذلك إن قال له احلف لي على كذا وإلا عاقبت ولدك أو

---

(١) قوله (يتيمه) في (ح) و(س): (ليتيمه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٥١.

(٣) قوله (دراءة) في (ح) و(س): (دارءا به).

بعض من يلزمه أمره فيحلف له كاذبا فهو حانث وإنما يعذر بالدراءة عن نفسه، وقال ابن الماجشون تسعه الدراءة عن ماله بيمينه ولا يحنث وقال أيضا: ما كان من المال فإذا[1] جاء[2] مثل السلطان يجتاح مال[3] الرجل والقوم يتعرضون لماله فلا تلزم اليمين[4] ولا يلزم على قوله اليمين إذا كان دراءة لئلا يعاقب ولده، ويختلف[5] على هذا إذا مر على عاشر بجارية، فقال: معي حرة لئلا يغرمه عليها، فأبى أن يتركه إلا أن يقول: إن كانت أمة فهي حرة فعلى قول أصبغ: تعتق، وعلى قول ابن الماجشون: لا تعتق، وقال ابن القاسم في المدونة: لا شيء عليه إذا قال ذلك وهو لا يريد حريتها[6]. قال الشيخ رحمه الله: ولو نوى الحرية وهو عالم أن له أن لا ينوي لزمه العتق، وإنما الاختلاف إذا كان عاميا يجهل ذلك، أو لم تكن مهلة ليخرج النية ويجعله لفظا بغير نية، ولو مر على من يغرم على[7] الزوجة ولا يغرم على الأمة، فقال في زوجته: هي أمة، فأبى أن يتركه إلا أن يقول: إن كانت زوجة فهي طالق لاختلف في وقوع الطلاق حسبما تقدم في وقوع العتق. قال محمد: قلت: فأخذ بعض مالي إذا أنا لم أحلف أخذه، قال: هو مما وصفت لك من خوف الضرر لأنك إن لم تدفع إليه ضربك وحبسك على[8] مالك حتى ينتزعه منك حتى تدفعه أنت إليه.

---

(١) قوله: (فإذا) في (ب): (فإن).

(٢) قوله: (فإذا جاء) في (ث): (فادحا).

(٣) قوله: (مال) سقط من (ح) و(س)، (ث).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٥٢.

(٥) قوله (يختلف) في (ح) و(س): (اختلف).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٤، والنوادر والزيادات: ٤/ ٢٥٧.

(٧) قوله: (على) ساقط من (ب).

(٨) قوله (حبسك على) في (ح) و(س): (حبسك عن)، وفي (خزانة عثمان): (أمسك عنك).

قال الشيخ: وهذا مخالف لمسألة أصبغ / ومسألة المعاشر؛ لأنَّ المال في الأولى ظاهر، فإن لم يحلف أخذه لا غير ذلك، وفي هذا المال غائب، فإن لم يحلف له ألا شيء عنده عاقبه حتى يظهره، واليمين هاهنا يدرأ بها عن نفسه وماله، وقال مطرف في الساعي يحلف الرجل على عدة غنمه ليأخذ منها الصدقة أو في غير الغنم مما يأخذ منه الزكاة من العين والحبوب والثمار، فإن كان الوالي لا يتعدى فيما يأخذ وإنما يتعدى في وضعها غير موضعها، فاليمين لازمة له وإن أكرهه بضربٍ أو وَعيدٍ، وإن كان يتعدى فيما يأخذ فيزيد على ما افترض أو يأخذ في غير أوان الأخذ[1]، فقال الآخر: لم أزرع، أو ما لي[2] ماشية، فإن كان لا يعاقبه إن لم يحلف[3]، يريد: وإنما يغرمه مالاً لزمته اليمين، فإن كان يعاقبه لم تلزمه[4]، وأحب إليَّ ألا يعجل باليمين حتى يرى مواضع الشدة، وكلما اشتد عليه الأمر اتسعت عليه اليمين، وقال ابن الماجشون: لا يحنث، وإن درأ بيمينه عن ماله[5].

يريد: إذا كان يغرمه ولا يعاقبه، وعلى القول الآخر ينظر إلى قدر ما يغرمه، فإن كان قليلاً حنث، واختلف إذا حلف قبل أن يُحلَّفَ، فقال مالك: إن دَرأ باليمين قبل أن يُسْأَلَهَا ليذب عما خاف عليه من بدنه أو ماله لزمته. وقال ابن الماجشون: إذا حلف بالطلاق ثلاثاً من غير أن يحلفه فصدقه وتركه، وكانت اليمين خوفاً من قتله أو ضربه أو أخذ ماله، فتبرع باليمين فلا شيء عليه، وإن كان إن لم يحلف رجاء النجاة لزمته اليمين[6]، وقال مالك ومطرف وابن الماجشون فيمن

---

(١) قوله: (الأخذ) ساقط من (ح) و(س).

(٢) في (ب): (وملك).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٠٦، ٣٠٧.

(٤) في (ح) و(س): (فيلزمه).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٠٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٠٨.

استخفى عنده رجل من سلطان جاء يريد ماله أو دمه أو عقوبته في بدنه فسأله السلطان عنه فجحده أن يكون عنده فحلف على ذلك: إنه إن كان يخاف على نفسه إن اعترف أنه عنده فلا يحنث، وإن كان لو اعترف به لم يعاقبه حنث؛ لأن اليمين[1] ليست ليذب عن نفسه، وإنما هي ذب عن نفس غيره أو ماله[2]، وقال مالك في اللصوص يستحلفون الرجل بالطلاق أو بالحرية ألا يخبر عنهم، فأخبر، فليس عليه في يمينه شيء. يريد: إذا كان ينزل به في جسمه إن لم يحلف ضرب أو قتل، ويختلف إذا كانوا يأخذون ماله ولا يضربونه، واختلف في الإكراه على اليمين فيما هو طاعة لله تعالى[3]، فقال ابن الماجشون وأصبغ: لا يلزم اليمين. وقال مطرف: تلزمه اليمين مثل أن يأخذ الوالي رجلاً شارباً خمرًا فيكرهه أن يحلف بالطلاق لا يشرب الخمر أو لا يفسق أو لا يغش في عمله أو لا يتلقى الركبان، أو يحلف الوالد ولده مكرهاً في أشباه ذلك من تأديبه؛ فاليمين لازمة، وإن كان قد تكلف منه المحلوف ما ليس عليه وما هو منه خطأ[4].

فصل

[في طلاق السفيه و طلاق من لم يحتلم]

طلاق السفيه لازم[5]، واختلف في طلاق من لم يحتلم، فقال مالك: لا يلزمه[6]. وقال في مختصر ما ليس في المختصر فيمن ناهز الحلم[7]، قال: إن

---

(١) قوله: (لأن اليمين) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٠٩.

(٣) في (ب) و(ث): (طاعة له).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٠٦.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٧٩، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤١٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٤.

(٧) قوله: (ناهز الحلم) ساقط من (ح) و(س).

تزوجت فلانة فهي طالق، فتزوجها يفرق بينهما[١]، وقال أبو إسحاق: وروي عن ابن المسيب[٢] والحسن في طلاق من لم يحتلم أنه لازم، وبه[٣] قال ابن حنبل: إذا أطاق صيام شهر[٤] رمضان وأحصى الصلاة. وقال عطاء: إذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقُه. قال أبو إسحاق: لأنه أول سن الاحتلام، قال: وروى مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز شهادة غلام يفاع، والأول أحسن لقول النبي ﷺ: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ: فذكر[٥] الصَّبِيَّ حَتَّى يَحْتَلِمَ**»[٦] فجعل الاحتلام فاصلاً بين الصغير والكبير إلا أن يتأخر عن الوقت المعتاد.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٥٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٥٥.

(٣) فى (ح) و(س): (به).

(٤) قوله: (شهر) ساقط من (ح) و(س).

(٥) في (ب) و(ث): (عن).

(٦) أخرجه أبو داود: ٢/ ٥٤٥، في باب في المجنون يسرق أو يصيب، من كتاب الحدود، برقم (٤٤٠١)، والترمذي: ٤/ ٣٢، في باب فيمن لا يجب عليه الحد، من كتاب الحدود، برقم (١٤٢٣)، بنحوه من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال: حسن غريب، والنسائي: ٦/ ١٥٦، في باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، من كتاب الطلاق، برقم (٣٤٣٢) بنحوه، وابن ماجه: ١/ ٦٥٨، في باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، برقم (٢٠٤١)، بنحوه من حديث عائشة رضي الله عنها، وأورده البخاري معلقا: ٥/ ٢٠١٧، في باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، من كتاب الطلاق، بنحوه من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

فصل

[في طلاق النصراني]

واختلف في طلاق النصراني: فقال مالك وغيره من أصحابه: لا يلزمه وليس طلاقه بشيء[1]. وقال المغيرة: يلزمه الطلاق، ويحكم به عليه الآن، وإن أسلم بعد ذلك احتسب به. وقال ابن القاسم: إذا طلق النصراني زوجته بعد أن أسلمت وهي في عدتها لم يقع طلاقه عليها. يريد: إذا لم تقم الزوجة بالطلاق، فإن قامت حكم لها بما أوقع عليها من واحدة أو ثلاث، فإن طلقها ثلاثاً ثم أسلم في العدة كان لها أن تمنعه من الرجعة؛ لأنَّ الطلاق يتضمن حقّاً لله سبحانه وحقّاً للزوجة؛ لأنه أعطاها نفسها، فإن لم تقم بحقها لم يُقَمْ عليه بحق الله سبحانه لأنه كافر، فإن قامت بحقها حكم عليه بالطلاق لأنه حكم بين نصراني ومسلم، وهو بمنزلة ما لو قال: وهبت لك نفسك، أو وهبها دينارا أو أعتق عبده المسلم، فإنه يحكم عليه في جميع ذلك بالوفاء بما جعل لها وللعبد، وإن طلقها واحدة فقالت: قد قبلت ثم أسلم وارتجعها ثم طلقها تطليقتين لم يكن له عليها رجعة.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٨٣.




باب
في خيار(١) الأمة تعتق ولها زوج حر أو عبد

الأصل في تخيير الأمة في فراق زوجها إذا أعتقت، حديث بريرة أعتقت فخيرها النبيُّ ﷺ فاختارت نفسها، / ثم قال لها رسولُ الله ﷺ: «لَوْ رَاجَعْتِيهِ» قالت: يا رسول الله، بأمر منك؟ قال: «لاَ إِنَّمَا أَنَا شَفِيعٌ»، فقالت: لا حاجة لي به. اجتمع عليه الموطأ والبخاري ومسلم، والبخاري(٢) أتمهم حديثاً(٣).

(ب) ٣٢٧/ب

وقال ابن عباس: وكان زوجها عبداً أسود يقال له: مغيث، وقال الأسود(٤): كان حرّاً، قال البخاري: قول الأسود منقطع، وقول ابن عباس أصح(٥).

---

(١) قوله: (خيار) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (والبخاري) ساقط من (ح) و(س).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ١٩٥٩، في باب الحرة تحت العبد، من كتاب النكاح، برقم (٤٨٠٩)، ومسلم: ٢/ ١١٤١، في باب إنما الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق، برقم (١٥٠٤)، ومالك: ٢/ ٥٦٢، في باب ما جاء في الخيار، من كتاب الطلاق، برقم (١١٧٠)، والتتمة التي أشار إليها المصنف أخرجها البخاري: ٥/ ٢٠٢٣، في باب شفاعة النبي ﷺ على زوج بريرة، من كتاب الطلاق، برقم ٤٩٧٩ من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) يعني: الأسود بن يزيد بن قيس النخعي، أبو عمرو ويقال أبو عبد الرحمن الكوفي، من كبار التابعين. انظر: طبقات ابن سعد ٦/ ٧٠، وتاريخ البخاري ١/ ٤٤٩، والمعارف، ص:٤٣٢، وسير أعلام النبلاء: ٤/ ٥٠.

(٥) انظر: صحيح البخاري: ٦/ ٢٤٨٢، في باب ميراث السائبة، من كتاب الفرائض، التعليق على الحديث رقم (٦٣٧٣).

ولا خلاف أن لها الخيار إذا كان عبداً[١]، واختلف في الوجه الذي أوجب الخيار، فذهب مالك إلى أن ذلك لنقص حرمة الزوج[٢]؛ لأنه عبد وليس بكفء، وليس لأنها كانت مجبورة على النكاح، فقال في كتاب محمد: إن طلبت الأمة سيدها أن يزوجها من هذا العبد ثم عتقت كان لها الخيار[٣]، وكذلك المعتق بعضها يزوجها سيدها بإذنها ثم تعتق بقيتها، وهي تحت عبد فلها الخيار[٤]، وقيل: لأنها كانت مجبرة على النكاح فلها الخيار، وإن كان حراً ورأى أن ما تقدم من نكاح السيد بمنزلة بيعها منافعها، وعقده الإجارة عليها فلما لم يصح تمام العتق مع بقاء الإجارة وتمام عقده فيها لم يصح بقاء عقده عليها[٥] في منافع بضعها[٦] وكانت بالخيار في ذلك.

فصل

[في شروط خيار المعتقة وهل هو طلاق أو فسخ؟]

الكلام على المسألة من ستة أوجه:

أحدها: الوجه الذي يوجب لها الخيار.

والثاني: إذا ثبت لها الخيار فاختارت نفسها هل يكون طلاقاً أو فسخاً؟

والثالث: إذا كان طلاقاً هل لها أن تختار الثلاث؟.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٨٤.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٢٦.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٣٢.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٢٦.

(٥) في (ح) و(س): (فيها).

(٦) في (ح) و(س): (بعضها).

والرابع: إذا كانت طلقة هل تكون بائنة أو رجعية إن أعتق الزوج في العدة؟

والخامس: الوقت الذي تختار فيه.

والسادس: ما يسقط خيارها بعد ثبوته.

فالذي يوجب الخيار عتق جميعها، وإن أعتق بعضها بتلاً أو جميعها إلى أجل، أو دبرت، أو كوتبت، أو صارت أم ولد؛ لم يكن لها خيار، وإذا وجب الخيار بعتق جميعها لم يسقط إلا بعتق جميع الزوج، فإن أعتق بعضه بتلاً أو جميعه إلى أجل، أو كوتب، أو دبر لم يسقط خيارها، وإذا وجب الخيار فاختارت نفسها كان طلاقاً لا فسخاً، وهذا هو الأصل في كل فراق كان من قبل المرأة هي فيه بالخيار كالتي تقوم بعيب يطرأ بعد العقد: جذام أو برص أو جنون أو عدم نفقة، وقيام الأمة بعد العتق نوع من القيام بالعيب، وهو طلاق بخلاف ملك[1] أحد الزوجين الآخر أو ارتداد أحدهما، ومحمل اختيارها على طلقة، واختلف عن مالك إذا قضت باثنتين هل يلزمانه[2] أو تكون طلقة ويسقط الزائد، وهو أصوب[3]؛ لأن مقالها في رفع يده عنها، وذلك تناله بواحدة، وإيقاعها طلقتين مضرة على الزوج من غير منفعة له، واختلف بعد القول أنها طلقة هل تكون بائنة أو رجعية؟ قال في المدونة: هي بائنة[4]، وقال في مختصر ما ليس في المختصر: له الرجعة إن أعتق في العدة[5]. وقال ابن القاسم في كتاب

(١) قوله: (ملك) ساقط من (ح) و(س).

(٢) في (ح) و(س): (يلزمانها).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٨٥.

(٤) أنظر: المدونة: ٢/ ٨٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٢، ٥٩٣.

محمد: إن أعتقت وزوجها غائب أمرها وأمر النصرانية التي تسلم وزوجها غائب[١]، سواء إن تزوجت فأدركها قبل أن يدخل بها كان أحق بها إذا أسلم أو أعتق قبل وفاء عدتها[٢]، وهذا هو القياس أن له الرجعة بزوال الرق، وهو في هذا كالتي تطلق عليه بسبب عيب فيزول في العدة عليه، وقال محمد: إذا طلَّق في العدة عليه بجنون أو جذام أو برص[٣] أو عدم نفقة، ثم ذهب العيب أو أيسر الزوج فله الرجعة[٤]، وإن أعتق بعد عتقها وقبل اختيارها فلا خيار لها[٥]. وقال ابن القاسم في العتبية: إذا وقفت عن الخيار حتى تطهر من الحيضة ثم أعتق زوجها فهي على خيارها[٦]، وفي هذا نظر، والصواب ألا خيار لها لأنها زوجة بعد حين أعتق، وإن اختارت- وهي حائض بانت على قوله في المدونة، وأمَّا على القول الآخر أنها واحدة رجعية ففيه إشكال؛ لأنَّ الرجعة ليست بيدها ولا بيد الزوج؛ لأن ذلك حق عليه، فإن ارتجع السلطان وعادت زوجة كان في ذلك بطلان لحقها ولم يفدها الخيار، وليس لها أن تطلق أخرى؛ لأن الطلقة التي كانت بيدها قد أوقعتها، وأرى إن أجبرها السلطان وعادت زوجة أن يكون لها أن توقع أخرى، وهذه ضرورة، وإن أعتقت وهي في عدة من طلاق رجعي كان لها أن تختار لترفع رجعته عنها، ولو قيل إنها تمنع من الطلاق إذا قال الزوج: أنا لا أرتجع لرأيته حسناً، وإن كانت صغيرة كان النظر في ذلك إلى السلطان فيما يراه حُسْنَ نظرٍ لها، وكذلك إن كانت سفيهة؛ إلا أن

---

(١) قوله: (تسلم وزوجها غائب) في (ح) و(س): (يسلم زوجها).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤١، ٢٤٢.

(٣) قوله: (أو برص) ساقط من (ح) و(س).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٠.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٨٥.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤١.

تبادر باختيارها نفسها، ولو رضيت بالمقام لم يلزمها ذلك على قول ابن القاسم إذا لم يكن فيه حسن نظر، ولزمه ذلك على قول أشهب، وإن أوقفها الزوج بحضرة العتق، وقال: إما أن تختاريني أو الطلاق، فقالت: إذًا أنظر وأستشير، كان القولُ قولها، واستحسن أن يؤخر ثلاثة أيام، وقد اختلف في الأخذ بالشفعة هل يوقف على الأخذ أو الترك بالحضرة أو يؤخر ثلاثة أيام، وإن لم يوقفها الزوج وطال ذلك ثم طلبته بالنفقة على الماضي لم يكن لها؛ لأنها منعت نفسها، والنفقة في مقابل الاستمتاع، وقال في المدونة: إذا أوقفت[1] عنه سنة ولم تقل: رضيت، وقالت: وقفت لأختار كان / القول قولها، ولا يمين عليها؛ لأن النساء لا يحلفن في التمليك، وقوله في هذا أصوب؛ لأن لها دليلاً على قولها وهو منعها نفسها طول تلك المدة.

(ب) ٣٢٨/أ

فصل

[في سقوط خيار الزوجة المعتقة بعد ثبوته]

ويسقط خيارها بعد ثبوته بوجهين:

أحدهما:[2] أن تختاره بالقول أو تمكنه من نفسها بعد علمها بعتقها وعلمها أن لها الخيار، فيصيبها أو يُقبِّل أو يباشر، وكذلك إذا مكنته ثم لم يفعل، وإن اختلفا فقال: علمت بالعتق، وقالت: إني لم أعلم؛ صدقت[3]. واختلف إن قالت: علمت بالعتق وجهلت أن لي الخيار، فقال في المدونة: لا تصدق. وقال في مختصر ابن عبد الحكم: تصدق، وهو أحسن، ولعل حديث بريرة مشهور

(١) في (ح) و(س): (وقفت).

(٢) قوله: (أحدهما) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٠.

عندهم بالمدينة، ولا يحكم الآن بأنها علمت، ولا يعرف ذلك إلا أهل العلم، ولا يعرفه العوام من الرجال، وقد قال في الذي يطلق زوجته ثلاثاً ثم يصيبها ويدعي الجهل أو يعتق أم ولده ثم يصيبها ويدعي الجهل إنه يعذر بذلك، ولا حد عليه، فإذا عذر من ادعى جهل ذلك مع اشتهار الثلاث كانت الأمة أعذر، وإن كانت عالمة، واختلفا في المسيس، فإن أقرت[1] بالخلوة كان القول قوله مع يمينه، وإن أنكرت الخلوة كان القول قولها مع يمينها، وإن تصادقا على المسيس، واختلفا هل كان بطوعها أو مكرهة كان القول قوله، وإن تصادقا على المسيس والطوع، واختلفا هل علمت بالعتق كان القول قولها، قال محمد: بغير يمين، وإن اختارت نفسها بعد دخوله بها لم يسقط شيء من صداقها، وإن لم يكن دخل بها لم يكن لها شيء، وإن لم يعلم حتى بنى بها كان لها الأكثر من المسمى أو صداق المثل على أنها حرة، وإن كان العقد فاسداً كان لها صداق حرة قولاً واحداً، وإن كان العقد صحيحاً وعلمت بالعتق وبالحكم ثم بنى بها لم يكن لها إلا المسمى، وإن أعتقت وزوجها غائب واختارت نفسها، ثم ثبت أنه أعتق قبلها كان أحق بها ما لم تتزوج، واختلف إذا تزوجت فقيل: قد فاتت، وقيل: هو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وقيل: هو أحق[2]، وإن دخل بخلاف من طلق وارتجع؛ لأن المطلق مرت به حالة كان في عقده وصمٌ، وهذا عقده صحيح على الأصل، واختلف إذا أعتق في عدتها على القول أنه رجعي هل يكون عقد الثاني فوتاً[3]؟

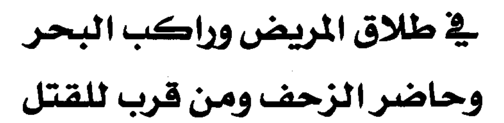
---

(١) في (ح) و(س): (اعترفت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤١، ٢٤٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٧.

باب

في طلاق المريض وراكب البحر وحاضر الزحف ومن قرب للقتل



المرض ثلاثة: غير مخوف، ومخوف غير متطاول، ومخوف متطاول كالسل والاستسقاء، فحكم الأول إذا طلق فيه حكم الصحيح، فإن كان الطلاق بائناً واحدة قبل البناء أو ثلاثاً بعد البناء، أو واحدة فانقضت العدة قبل موت الزوج من ذلك المرض لم ترثه، وإن كان مخوفاً غير متطاول قد ألزمه الفراش أو متصرفاً يرى أنه قد أشرف على الموت كأصحاب السل والاستسقاء فطلقها حينئذ طلاقاً بائناً أو غير بائن فانقضت العدة قبل موته ورثته، والشهر والشهران عند مالك في مثل هذا قريب؛ لأنه قال في الطلاق الرجعي: ترثه، وإن انقضت العدة قبل موته والغالب من النساء أنهن يطهرن ويحضن في شهر، فيكون انقضاء العدة في شهرين أو أكثر؛ لأنها تبين بأول الدم الثالث، وإن كان المرض متطاولاً فطلق في آخره أو في أوله وأعقبه الموت قبل المطاولة ورثته، واختلف إذا طال مرضه بعد الطلاق ثم مات، فالذي يقتضيه قول مالك في المدونة أنها ترثه لأنه قال: إذا تزوجت بعد الأول أزواجاً كلهم يطلقها وهو مريض ثم تزوجت آخر، والذين تزوجوها أحياء إنها ترث جميعهم[1]، قال أبومحمد عبد الوهاب: السل مرض من الأمراض المخوفة وأفعاله في الثلث، ولم يعرف هل طال الأمر بعد فعله أم لا؟ وإذا كانت أفعاله في الثلث ورثته الزوجة، وكذلك الاستسقاء إذا دخلت أمارات الخوف وإن طاوله.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٨٦.

وقال ابن الماجشون في المبسوط: الأمراض المتطاولة كالسل والربع والطحال والبواسير ما تطاول منها يجري بعد تطاوله مجرى الصحة، وإن كان الموت قبل المطاولة ورثته زوجته وكان فعله في الثلث، وهذا أحسن، وكذلك الجذام إذا لم يدخل قليل الخوف وكان على أحكام الصحة، ومن طلق زوجته في الصحة طلاقاً رجعيّاً ثم ارتجع في المرض ثم طلقها في مرضه ورثته؛ لأن الرجعة هدمت حكم الطلاق الأول، وإن لم يرتجع وأوقع عليها في المرض بقية الثلاث ثم مات قبل خروجها من العدة ورثته؛ لأنه بان بالطلاق الثاني، وإن انقضت العدة لم ترثه، وإن طلق في المرض ثم صحَّ صحة بينة ثم مرض[1] سقط أن يكون حكم / ذلك الطلاق حكم ما أوقع في المرض إلا أن يرتجع في المرض ثم يحدث طلاقاً فترثه.

(ب) ٣٢٨/ب

فصل

[في ميراث الزوجة إذا طلقها زوجها في مرضه]

الميراث يثبت للزوجة إذا طلقت في المرض، وكان يرى أنه فار أو أشكل الأمر هل هو فار أم لا؟ ويفترق الجواب إذا كان هناك دليل على أنه لم يقصد الفرار، فيثبت الميراث في وجه ويسقط في وجه. واختلف في الثالث، فإن كان الدليل صلاح الزوج وفضله وأن مثله لا يتهم على ذلك ورثته؛ وقد طلق عبد الرحمن بن عوف زوجته في مرضه فوَرَّثها عثمان ﷺ منه[2]، وقال: خفت أن

---

(١) زاد في (ب) و(ث): (ثم يطلق فيه).

(٢) أخرجه مالك: ٢/ ٥٧١، في باب طلاق المريض، من كتاب الطلاق، برقم (١١٨٣)، من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف وأبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، وانظر: المدونة: ٢/ ٨٩.

يستن به، ولأن ذلك يؤدي لو لم ترث منه إلى سقوط الميراث ممن يتهم، فيقال: هذا لا يتهم وهذا قريب منه في الحال، ومثل هذا لا يتحصل، وقد أحكم الله تعالى في كتابه مثل ذلك في المعتدة من وفاة وهي صغيرة أو يائسة[1]، فأجرى جميعهنَّ على حكم واحد؛ لئلا يقال: هذه في سن من يخشى منها الحمل، وهذه لا يخشى ذلك منها، وهذه قريبة في السن من هذه، والقائم لنفسه بالنسب معدوم، فحمل الباب في جميعهن، ولأن الطلاق في المرض مختلف فيه بعد أن يقصد الفرار، فقد يكون الزوج صالحاً وهو ممن يعتقد ذلك أو ممن يقلد من يراه، فكان منع ذلك في جميع الأزواج أحسن، وقد استدل من أوجب الميراث إذا قصد الفرار بهباته وصدقاته أن للورثة شبهة وتعلقاً بالمال حينئذ فيمنعوه من أن يتصرف في ماله إلا على وجه التنمية، وما كان على غير ذلك من الهبات والصدقات والعطايا لم يكن له تنفيذها إلا من رأس المال، وكان فعله موقوفاً فينفذ بعد موته من ثلثه والزوجة وغيرها من الورثة سواء، وإذا تعلق للزوجة شبهة ومنع حسب ما تقدم له لم يصح[2] أن يخرج من الميراث من له منعه من التصرف في ذلك المال إلا على وجه التنمية لا بطلاق ولا بغيره، ويؤيد ذلك قول النبي ﷺ: «**لاَ يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ وَلاَ يُجْمَعُ بَيْنَ مُفْتَرِقٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَةِ**»[3]، وإذا منع هذا أن يفر بزكاته بجمع أو تفرقة، وإن لم تكن وجبت حينئذ لما شارف الحول، ووجوب حق المساكين ـ منع هذا لما شارف الموت من وجوب

---

(١) في (ح) و(س): (مسنة).

(٢) في (ح) و(س): (يصلح).

(٣) أخرجه البخاري: ٢/٥٢٦، في باب لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع، من كتاب الزكاة، برقم (١٣٨٢)، من حديث أبي بكر ﷺ.

حقها فيه، وقد مر مالك على أصله في الموضعين فحمل الحديث على الوجوب، وفي الزوجة إذا فر أن يؤخذ بها فر منه، وذهب بعض الناس في السؤالين في ذلك على الندب، وقال مالك في مختصر ما ليس في المختصر فيمن باع إبلاً فراراً من الزكاة، قد قيل إنه[1] يزكي زكاة الذهب بمنزلة من لم يفر، واختلف إذا كان الدليل أنه لم يبتدِ طلاقاً، وإنما ذلك العقد تقدم في الصحة، فقال في المدونة فيمن قال وهو صحيح: أنت طالق إذا قدم فلان، فقدم في مرض الزوج ورثته، وقال مالك فيمن حلف لامرأته وهو صحيح بطلاقها: إن دخلت بيتاً، فدخلته وهو مريض إنها ترثه. وقال في كتاب المدنيين إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق أو صنعت كذا وكذا فأنت طالق، فصنعت ذلك وهو مريض معصيةً وخلافاً؛ وقع الطلاق ولم ترثه، وإن حلف وهو مريض ورثته.

وقال المغيرة في كتاب ابن سحنون فيمن حلف: ليقضين فلاناً حقه، فمرض الحالف فلم يقض فحنث في مرضه[2]، فإن كان مليّاً ورثته، وإن كان فقيراً أو طرأ له مال فلم يعلم به حتى مات حنث ولم ترثه. وقول مالك والمغيرة في هذا أحسن.

واختلف إذا كانت الزوجة أمة أو نصرانية فطلقها في المرض ثم أعتقت هذه وأسلمت الأخرى بعد انقضاء العدة؛ فقال محمد: يرثانه. قال ابن الماجشون في المبسوط: لا ميراث لها، وعلى هذا لا ترث الأمة إن أعتقت، وهو قول سحنون في العتبية[3].

---

(١) قوله: (من الزكاة، قد قيل أنه) ساقط من (ح) و(س).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٨.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٥٣، ولفظه: (قال سحنون: إذا طلق المريض امرأته النصرانية =

فصل

[في ميراث المرتد في المرض]

وقال مالك وابن القاسم في المدونة في مريض ارتد وثبت على ردته حتى قُتل -لم ترثه زوجته ولا أحد من قرابته[١].

والمرتدُّ في المرض على ثلاثة أوجه:

فإمَّا أن يقتل على ردته، أو يموت على كفره قبل أن يوقف ليسلم أو يقتل، أو يراجع الإسلام ثم يموت مسلما، فإن قتل على ردته أو مات على كفره قبل أن يقتل لم يرثه ورثته، والصحةُ والمرضُ في ذلك سواء، وإن راجع الإسلام ورثه ورثته دون زوجته[٢] على مذهب ابن القاسم؛ لأن الردة عنده طلاق بائن، وهو على مذهب عبد الملك وأشهب ترثه؛ لأنهما يريان أنه إذا عاد إلى الإسلام عادت زوجته على الأصل من غير طلاق.

واختلف إذا راجع[٣] الإسلام ثم مات بقرب ذلك أو قتل على قول عبد العزيز بن أبي سلمة، فعلى قول مالك في المبسوط في المرتد يرجع إلى الإسلام أنه لا يرد إليه ماله ويكون لبيت المال لا يكون له هاهنا شيء، واختلف بعد القول أن ماله يعاد إليه إذا رجع إلى الإسلام إذا ارتد في مرضه ومات على

=

أو الأمة في حال الحجر ألبتة، ثم أسلمت أو أعتقت الأمة في العدة، ثم مات فلا ميراث لهما، لأنه لا يتهم فيهما، لأنهما ليستا مما كان الحجر لهما فإن كان طلاقه لهما واحدة فأسلمت أو أعتقت في العدة، فله الرجعة، لأن الرجعة ليست بنكاح الملك، ألا ترى أن المحرم يرتجع ولا يتزوج؟ وإن أسلمت أو أعتقت في العدة ثم مات في العدة ولم يرتجع فلها ميراث).

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٥٠٦.

(٣) في (ح) و(س): (رجع إلى).

كفره، فقال ابن شعبان في ذلك قولين: هل يرثه ورثته[1] أم لا؟ وقال مالك في كتاب ابن حبيب: لا يرثه ورثته[2] إلا أن يتهم أنه أراد أن يمنعهم من الميراث. وقال ابن القاسم في العتبية فيمن ارتد في مرضه: يقتل ولا ينتظر موته ولا يرثه ورثته/ إلا أن يتوب فيرثه ورثته المسلمون إلا امرأته[3]، وكذلك في ردة المرأة المريضة، وإن تابت لم يرثها زوجها، ولو طلق مريض زوجته ثلاثاً ثم ارتدت ثم تابت ثم مات هو في مرضه فإنها لا ترثه، وكذلك ردته هو في مرضه إن تاب ثم مات لم ترثه، قال الشيخ رحمه الله: ارتدادها في مرضه أبين في منع ميراثها منه إذا ارتد هو في مرضه؛ لأنها هي التي عمدت إلى ما يسقط ميراثها منه.

(ب) ٣٢٩/أ

فصل

[في ميراث الزوجة إذا طلقها زوجها طلاقا بائناً في صحته]

ويصح أن ترث الزوجة مع كون الطلاق بائناً في الصحة، وذلك في ثلاث مسائل: إذا قرب للقتل، أو حضر الزحف، أو ركب البحر على اختلاف في هذا لأنه حينئذ فار لما أشرف على الموت، وكذلك المحارب يقرب لتقطع يده ورجله في حين يخاف عليه الموت فمات لم ترثه، وإن كان يخاف عليه وكان رأي الحاكم القطع، وإن خيف أو كان[4] فعل ذلك جهلاً بوجه الحكم لم ترثه.

ويختلف في حاضر الزحف قياساً على راكب البحر إذا أخذه الهول فقد اختلف قول مالك فيه[5] فقال مالك في المدونة: إن أعتق وقد أخذه

(١) قوله: (ورثته) ساقط من (ح) و(س).
(٢) قوله: (ورثته) ساقط من (ح) و(س).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٥٠٦.
(٤) قوله: (كان) ساقط من (ح) و(س).
(٥) قوله: (قول مالك فيه) زيادة في (ب).

النوء[1] والريح الشديدة وخاف الغرق كان من رأس المال، وقال أيضاً: إنه من الثلث. وقال أبو محمد عبد الوهاب في التلقين: حكم راكب البحر إذا حصل في اللجة حكم المريض[2]، قال: وفيه اختلاف، وأما راكب النيل والدجلة والبحر الميت أو الحي إذا لم يلجج فإن أفعاله من رأس المال، وإن طلق زوجته لم ترثه، وقد قال مالك في الحامل: تتصدق، فإن كان ذلك قبل الشهر السادس كان فعلها من رأس المال، وإن كان فعلها في السادس إلى ما بعده كان في الثلث[3]، وقال في الموطأ: قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف:١٥] يريد: أنه أول الوضع[4]، وهذا على مراعاة النادر في الوضع في السادس، وعلى مراعاة الغالب في وضع النساء يراعى الشهر التاسع.

ويختلف أيضاً إذا ضربها الطَّلق قياساً على راكب البحر إذا أخذه الهول؛ بل الحامل أبين لأن الغالب من الحمل السلامة، والقياس في راكب البحر إذا أخذه الهول أنه إذا طلق أنها ترثه؛ لأن القصد حينئذ الفرار، وأن يكون العتق من الثلث لأنه لا يقصد حينئذ إلا القربة إلى الله سبحانه بما ينجو به.

فصل

[في عدة وصداق وميراث امرأتين لرجل دخل بواحدة ثم طلق إحداهما طلقة ومات قبل أن تنقضي العدة ولم يدر أيهما طلق]

ومن المدونة قال ابن القاسم في رجل له امرأتان دخل بواحدة ثم طلق إحداهما طلقة ومات قبل أن تنقضي العدة ولم يدر أيهما طلق قال: فللمدخول

---

(١) في (ح) و(س): (الهول).

(٢) انظر: التلقين: ٢/ ٢١٩.

(٣، ٤) انظر: الموطأ: ٢/ ٧٦٤.

بها صداقها كاملاً وثلاثة أرباع الميراث، وللتي لم يدخل بها ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث[1]، فأما المدخول بها فقد استحقت جميع الصداق بالدخول، ولا تأثير للطلاق في ذلك إن كانت هي المطلقة. وأما غير المدخول بها فهي تستحق النصف إن كانت هي المطلقة وجميع الصداق إن لم تكن هي المطلقة، فقسم النصف المشكوك بينها وبين الورثة فصار لها ثلاثة أرباع صداقها، وأما الميراث فالمنازعة فيه مع صاحبتها لا مع الورثة، فكان للمدخول بها ثلاثة أرباعه لأنها تقول: إن ثبت أني المطلقة كان لي النصف، وإن كنت أنت المطلقة كان لي جميعه فيقسم النصف بينهما، ولو مات بعد انقضاء العدة أو كان الطلاق ثلاثاً كان الميراث بينهما نصفين، وهذا إذا علمت المدخول بها ولم تعلم المطلقة، وإن لم تعلم المدخول بها وعلمت المطلقة فللتي لم تطلق جميع الصداق وثلاثة أرباع الميراث، وللتي طلقت ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث؛ لأن التي لم تطلق تقول للورثة: أنا أستحق جميع الصداق، وإن لم يدخل بي، والتي طلقت تستحق النصف تارة إن كانت التي لم يدخل بها، والجميع إن كانت المدخول بها، فقسم النصف المشكوك بينهما وبين الورثة، وأما الميراث فللتي لم تطلق نصفه لا منازعة لصاحبتها فيه، ويتنازعان في النصف الآخر، فهي تقول: أنا المدخول بي فلي جميعه، والأخرى تقول: أنا المدخول بي فلي نصفه فيتحالفان ويقتسمانه، فإن حلفت المطلقة ونكلت الأخرى كان لها ذلك النصف، وإن نكلت وحلفت المدخول بها كان لها جميع الميراث ولم يكن للمطلقة سوى نصف الصداق، ولا ميراث، وإن لم تعلم المطلقة ولا المدخول بها كان لهما صداقان إلا ربع[2] يقتسمان ذلك نصفين، والميراث الربع أو الثمن بينهما

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٩٠.

(٢) في (ث): (إلا ربعا).

نصفين، وأما العدة فعلى كل واحدة أربعة أشهر وعشرا، وسواء علمت المطلقة ولم تعلم المدخول بها أو علمت المدخول بها ولم تعلم المطلقة إذا كان الطلاق واحدة، ولم تنقض العدة، وإن انقضت العدة افترق الجواب، فإن علمت المطلقة لم يكن عليها عدة؛ لأن عدتها قد انقضت، وإن لم تعلم المطلقة كان على كل واحدة أربعة أشهر وعشرا؛ لأنه مات عن زوجة واحدة ولم يعلم أيتهما هي، فإن كان الطلاق ثلاثاً وعلمت / المطلقة كان عليها ثلاث حيض من يوم وقع الطلاق، والأخرى أربعة أشهر وعشراً، وإن لم يعلم المطلقة ومات قبل مضي ثلاث حيض كان على كل واحدة أربعة أشهر وعشرا[1] لإمكان أن تكون هي الزوجة، وثلاث حيض من يوم الطلاق لإمكان أن تكون هي المطلقة.

(ب) ٣٢٩/ب

فصل

[في عدة وصداق وميراث امرأة وابنتها تزوجتا رجل في عقدين ثم مات ولم يعلم الأولى منهما]

وقال ابن القاسم فيمن تزوج امرأة وابنتها في عقدين ثم مات ولم يعلم الأولى منهما، فإن دخل بهما[2] كان لكل واحدة صداقها ولا ميراث لهما، والعدة ثلاث حيض على كل واحدة منهما، وإن لم يدخل بواحدة منهما كان لكل واحدة نصف صداقها والميراث بينهما نصفين، والعدة أربعة أشهر وعشرا، وإن دخل بواحدة وعلمت ولم يعلم هل هي الأولى أو الآخرة كان لها صداقها المسمى، واختلف في الميراث فقيل: لا شيء لها لأنه ميراث بشك، وقيل: لها

(١) قوله: (وإن لم يعلم.... أربعة أشهر وعشرا) ساقط من (ح) و(س).

(٢) قوله: (فإن دخل بهما) ساقط من (ح) و(س).

نصف الميراث[١] لإمكان أن تكون هي الأولى فلها جميعه أو الآخرة فلا يكون لها شيء، فيقسم بينها وبين الورثة، والعدة أقصى الأجلين أربعة أشهر وعشرا لإمكان أن تكون الأولى، وثلاث حيض لإمكان أن تكون الآخرة، ولا صداق للتي لم يدخل بها ولا ميراث ولا عدة عليها؛ لأنها إن كانت الآخرة فهو نكاح فاسد لم يدخل فيه، وإن كانت الأولى فإن الدخول بالآخرة يفسخه، وإن علمت الأولى ولم تعلم المدخول بها كان لهما صداق واحد بينهما نصفين بعد يمينهما[٢]، فإن نكلت إحداهما كان للتي حلفت، ويختلف في ميراث الأولى هل لها نصفه أو لا شيء لها لأنه ميراث بشك، والقضاء هاهنا بالنصف أبين لأنها وارثة حقيقة مشكوك هل طرأ عليها ما يبطله، والعدة أربعة أشهر وعشرا، وعلى الأخرى ثلاث حيض لأنه فاسد وهي[٣] معترفة على نفسها بالدخول، وإن لم تعلم الأولى ولا المدخول بها كان لهما صداق واحد يقتسمانه نصفين بعد يمينهما، ونصف ميراث على أحد القولين يقتسمانه أيضاً، والعدة أقصى الأجلين لأن كل واحدة تقر على نفسها بالدخول، ولا يدرى[٤] هل هي أولى أو آخرة[٥]، ولو تزوج الثانية في الصحة أو في المرض ودخل بها في المرض لورثت الأولى؛ لأنه يعد فارّاً عنها بدخوله بالثانية في المرض.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٠، ٥١١، ٥/ ١٤٩.

(٢) في (ح) و(س): (أيمانهما).

(٣) قوله: (وهي) ساقط من (ح) و(س).

(٤) في (ح) و(س): (ولا تدري).

(٥) في (ح) و(س): (أخرى).

فصل

[في عدة وصداق وميراث خمس نسوة توفي عنهن زوجهن ولا يدرى أيتهن الخامسة]

وإذا توفي عن خمس نسوة ولا يدرى أيتهن الخامسة[1]، فإنه لا يخلو أن يكون دخل بهنَّ أو لم يدخل بواحدة منهن أو دخل ببعضهن، وأي ذلك كان فإن الحكم في الميراث سواء لا يتغير؛ لهن الثمن مع الولد، والربع مع عدمه بينهن أخماساً وإنما يفترق الجواب في الصداق والعدة، فإن دخل بهن كان لكل واحدة صداقها المسمى، وإن لم يدخل بواحدة منهن كان لهن أربع صدُقات يقسمنها أخماساً إن اعتدلت، وإن اختلعت[2] كان لكل واحدة أربعة أخماس صداقها، وإن دخل ببعضهن كان لمن دخل بها صداقها كاملاً كانت واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا أو أربعاً، ثم ينظر إلى من لم يدخل بها، فإن كانت واحدة كان لها نصف صداقها؛ لأنه يمكن أن تكون هي أحد الأربعة فيكون لها جميع المسمى أو تكون الخامسة فلا يكون لها شيء، فلما أشكل الأمر هل لها جميعه أو لا شيء لها جعل لها نصفه، وإن لم يدخل باثنتين كان لهما صداق ونصف يقسمانه نصفين، وإن كن ثلاثًا كان لهن صداقان ونصف بينهن أثلاثاً، وإن كن أربعاً كان لهن ثلاث صدقات ونصف بينهن أرباعاً، وإن شهد الورثة أن هذه الخامسة جازت شهادتهم لأنهم لا يجُرُّون بتلك الشهادة منفعة، وأما العدة فإن دخل بهن كان على كل واحدة أقصى الأجلين أربعة أشهر وعشرا لإمكان أن تكون إحدى الأربع، وثلاث حيض لإمكان أن تكون الخامسة، وإن لم يدخل بواحدة كان على كل واحدة أربعة أشهر وعشرا لإمكان أن تكون هي إحدى الأربع، وإن دخل ببعضهن كان على المدخول بها أقصى الأجلين، والتي لم

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٩١.

(٢) في (ب): (اختلفت).

يدخل بها أربعة أشهر وعشرا.

وقال ابن سحنون[١] في رجل مات عن ست نسوة تزوج واحدة منهن بانفرادها، واثنتين في عقد، وثلاثاً في عقد فمات قبل أن يدخل بهن ولم تعلم الأولى منهن؛ كان للتي تزوج بانفرادها[٢] صداقها كاملاً؛ لأن نكاحها لا يكون إلا صحيحاً، وسواء كانت أولاً أو بعد الاثنتين أو بعد الثلاث أو بعد الخمس؛ لأنه إن كان تزوج الاثنتين ثم الثلاث كان عقد الثلاث فاسدا، وتصير المنفردة ثالثة. وإن تزوج الثلاثة ثم الاثنتين كان نكاح الاثنتين[٣] فاسداً، وكأنه تزوجها بعد ثلاث فهي رابعة، وأما الميراث فإن للمنفردة سبعة أسهم من أربعة وعشرين سهماً، وللاثنتين ثمانية أسهم لكل واحدة أربعة أسهم، وللثلاث تسعة أسهم؛ ثلاثة لكل واحدة؛ لأن للمنفردة إن كانت بعد الثلاث الربع، وإن كانت بعد الاثنتين الثلاث. / والثلث والربع يقوم من اثني عشر سهماً فلها من الاثني عشر الربع لا تنازع فيه، ويبقى سهم وهو تمام الثلث مشكوكاً فيه تارة تستحقه إن كانت ثالثة[٤]، وتارة لا تستحقه إن كانت رابعة، فيكون لها نصفه فيضرب الاثنا عشر في اثنين فتبلغ أربعة وعشرين لها ثلاثة أسهم ونصف مضروبة في اثنين بسبعة ويبقى لثلاث منهن سهم لا ينازعهن الاثنتان فيه، ويبقى ستة عشر يقسمنها نصفين لأن كل طائفة تقول يمكن أن يكون جميع ذلك لنا، فإذا أخذ الثلاث ثمانية أسهم أضيف إليها السهم الواحد فكانت تسعة فيقتسمنها أثلاثا لكل واحدة ثلاثة أسهم.

(ب) ٣٣٠/أ

---

(١) قوله: (ابن سحنون) في (ح) و(س): (سحنون).

(٢) في (ح) و(س): (بانفراد).

(٣) قوله: (ثم الثلاث... ثم الاثنتين كان نكاح الاثنتين) في (ب): (بعد ثلاث فنكاحها).

(٤) قوله: (إن كانت ثالثة) زيادة في (ح) و(س).





باب
في نسيان البينة أو شكهم أو اختلافهم

وقال ابن القاسم في رجلين شهدا على رجل أنه طلق إحدى نسائه الأربع، وقالا نسيناها، فلا تجوز شهادتهما، ويحلف الزوج ما طلق واحدة منهن، وقال محمد: لا يمين عليه، وقال ابن القاسم في شك الشهود ونسيانهم لمن سمى في العتق يجوز بعد الموت، وقال أصبغ: رجع عنه فلا يجوز في الحياة ولا بعد الموت[1] فأسقط الشهادة لأن كل واحدة منهن لا تدري أهي المطلقة أم لا، ولأنها لو علمت لم يصح أن يحلف أنها المطلقة، وأرى أن يحال بينه ويسجن حتى يقر بالمطلقة لأن البينة قطعت بأن واحدة عليه حرام، واختلف إذا نسيت البينة والشهادة بمال فقيل: الشهادة باطلة.

وقال مالك في كتاب ابن حبيب في بينة شهدت لرجل أنه له في هذه الدار حق، ولا نعرف كم هو لتقادمه وتناسخ المواريث فيه، والمطلوب ينكر، قال: يقال له إن علمت حقك ما هو فاحلف عليه وخذه، وإن جهله وقال: كنت أسمع أبي يقول له فيها حق فلا أعرف، حيل بين المشهود عليه وبين الدار حتى يقر فيها بحق الطالب، ويوقف جميعها، ولا حجة للمطلوب إن قال: لم يشهد علي بجميعها[2]، وإن قال حق الطالب منها الربع وأبى أن يحلف على ما سواه أخذ الربع بإقراره ووقف باقي الدار حتى يحلف أن لا شيء له غيره، ولو أقر بعد ذلك بشيء أخذ منه، ووقف عن بقيته حتى يحلف، وإن قال المشهود له أعرف حقي منها، وأبى أن يحلف لم يبطل حقه لأن البينة أثبتت له حقا، قال

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٦١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٦٦.

مطرف: وقد كنا نحن نقول إن الشهادة تبطل إذا لم يسم الحق حتى قال مالك هذا، وقضى به، وقال مالك أيضا: إذا شهدت بينة للرجل بحق وقالت لا نعرف عدده إلا أنا نشهد أنه قد بقي له عليه حق فإنه يقال للمطلوب أقر له بحقه، فما أقر به حلف عليه ولا شيء عليه غيره، وإن جحده قيل للطالب إن عرفته فاحلف عليه وخذه، وإن قال: لا أعرفه وضاعت كتب محاسبتي أو أعرفه ولا أحلف فليسجن المطلوب حتى يقر بشيء ما، ويحلف عليه، فإن أقر بشيء، ولم يحلف أخذ منه وحبس حتى يحلف[1]، واختلف أيضا إذا شكت البينة، فقيل: الشهادة باطلة[2]، وقال ابن كنانة في المجموعة: إذا شهدا بمال فقيل للبينة أتعلمان أنه مائة، فإن قالا: لا، قيل: فخمسون، فينزلان حتى يقفا على ما لا يشكان فيه[3]، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: إن أقر المطلوب بالحق وجاء بشاهد أنه قبض منه شيئا سماه لي ونسيته، قال: ينزل حتى يقدر على ما لا يشك فيه، ثم يحلف المشهود عليه على ما وقف عليه الشاهد ويبرأ، وقال ابن الماجشون: الشهادة ساقطة[4]، والأول أحسن، ولا يسقط ما استوقن لزائد مشكوك فيه، وإن أقر بثوب أو بعبد لم تعينه البينة ولا وصفته لم تبطل الشهادة لأن إبهام المشهود به ها هنا من قبل المقر ليس من قبل الشهود، واختلف بماذا يقضى له به عليه، فقيل بالوسط من العبيد والثياب، وقيل: بما يدعيه المقر له مع يمينه إذا أتى بما يشبه، وهو أحسن.

وقال محمد: أقر بدنانير قضي عليه بثلاثة بعد يمين الطالب ما هي أقل،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٦٥، ٣٦٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٦١، ٩/ ٢٠١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٦٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٣٦٤.

ويمين المطلوب ما هي أكثر[1]، وقوله في يمين الطالب ضعيف، وإنما أراد يمينه للاختلاف في أقل الجمع أنه اثنان، وليس هذا مما يقصدونه اليوم ولا يفهمونه إذا قال: دنانير، وإن نكل المطلوب أو أنكر الإقرار جملة، كان القول قول المقر له فيما يدعيه إذا أتى بما يشبه.

فصل

[تلفيق الشهادتين إذا اختلفتا وقتا أو مكانا أو مضمونا واتفقا جملة]

واختلف في ضم الشهادتين إذا كانت عن موطنين وكانا على قول أو فعل أو أحدهما على قول والأخرى على فعل، فقيل: يضمان ويقضى بهما، وقيل: لا يضمان، وقيل: إن كانت على قول ضمتا، وإن كانا على فعل لم يضما، وقيل: يضمان، وإن كانتا على فعل / وإن كان إحداهما على فعل والأخرى على قول لم يضما، قال مالك: إن شهد أحدهما أنه طلق يوم الخميس بمصر في رمضان والآخر أنه طلق يوم الجمعة بمكة في ذي الحجة طلقت عليه، فإن شهد عليه أنه حلف يوم الخميس أن لا يدخل دار فلان، ثم شهد الآخر أنه حلف يوم الجمعة أن لا يدخلها، ثم شهدا هما أو غيرهما أنه دخل يوم السبت طلقت عليه وضم القولان، وإن شهد عليه أنه حلف يوم الخميس أن لا يدخلها ثم شهد أحدهما أو غيرهما أنه دخلها يوم الجمعة، والآخر أنه دخلها يوم السبت ضمت الشهادتان على الفعلين وطلقت عليه، ولو شهد أحدهما أنه حلف ألا يدخلها وأنه دخلها، وشهد آخر أنه اعترف عنده باليمين والدخول ضمت الشهادة

(ب) ٣٣٠/ب

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ١١٧.

وطلقت عليه، وقال في كتاب القذف: إذا شهد أحدهما أنه شجه موضحة وشهد الآخر أنه أقر أنه شجه موضحة ضمت الشهادتان وقضى بهما[1]، وكل هذا فهو أحد القولين، وقد مضى في كتاب الشهادات اختلاف ابن القاسم ومحمد في ضم الشهادتين في المال، وأرى أن يضما في الطلاق إذا شهد كل واحد بثلاث أو شهد كل واحد بطلقة وكانت هي آخر طلقة، فإن لم يكن تقدم له فيها طلاق لم يضم الشهادتان وحلف على تكذيب كل واحد منهما وبرئ، وليست الشهادتان بالثلاث كالشهادة بالواحدة، لأن الشهادة إذا كانت على الثلاث كانت على شيء واحد، والذي شهد به الأول هو الذي شهد به الثاني وهو بمنزلة ما لو شهد على عتق عبد بعينه، وإذا شهد كل واحد بطلقة تضمنت أنه ذهبت منه طلقة من ثلاث وبقيت طلقتان وتضمنت شهادة الثاني على القول الأول طلقة ثانية، غير الأولى، وأن يكون بقيت له فيها واحدة، وإذا قال الأول: أوقع عليها أمس طلقة، وقال الآخر: أوقع عليها اليوم طلقة أيضا كانت على قولهما طلقتان فلا يصح أن تجمع الطلقتان وتجعل طلقة واحدة وقد يكون بين الطلقتين ما ينقضي فيه العدة فعلى شهادة الأول لا تقع الثانية لأنها على غير زوجته، وإذا كان الحكم لو سمع كل طلقة شاهدان أن يقع عليه طلقتان لم يصح إذا انفرد كل بسماع كل طلقة شاهدان تجعل واحدة، وإن شهد شاهد بطلقة وآخر بثلاث ضمت الشهادتان وقضى بواحدة وحلف على الباقي، واختلف إذا شهد أحدهما بواحدة والآخر بالبتة، فقيل: لا يضمان، لأن البتة لا تتبعض، وقيل: يضمان لأن البتة عبارة عن الثلاث[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٨٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٧٤، ١٧٥.

وقال ابن القاسم: إذا شهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس، والآخر يوم الجمعة لم يقطع[١]، وقال محمد: إذا شهد أحدهما أنه شرب أمس، والآخر اليوم لم يحد، واختلف أيضا في الشهادة في الزنى إذا كانت عن موطنين هل يجمع.

وإن شهد شاهد أنه حلف ألا يدخل دار فلان وأنه دخلها وشهد الآخر أنه حلف ألا يكلم فلانا وكلمه، لم تضم الشهادتان ولم يطلق عليه[٢]، واختلف في يمينه فقيل: يحلف لأن هذه الشهادة لطخ، وقيل: لا يحلف إلا أن يثبت أحد الطرفين إما شاهدان على اليمين وواحد على الدخول، أو واحد على اليمين، واثنان على الدخول، وقد تقدم هذا الأصل في كتاب أمهات الأولاد إذا شهد واحد على إقرار السيد بالوطء، وامرأة على الولادة هل يحلف والاختلاف في ذلك[٣]، وقال ربيعة في ثلاثة نفر شهدوا على رجل كل واحد على طلقة ليس معه صاحبه فأمر أن يحلف أو يفارق، فنكل قال: يفرق بينه وبينها وتعتد من يوم يفرق بينهما لأني لا أدري عن أي شهادات النفر نكل[٤] فلم يجمع شيئا من هذه الشهادة، وعلى أصل مالك وابن القاسم يلزمه طلقة بشهادة الأول والثاني، ويحلف على شهادة الثالث، وإذا لم يجمع الشهادة فيختلف إذا نكل هل يقع عليه ثلاث تطليقات لأن شهادة كل واحد بانفرادها توجب عليه إذا نكل طلقة، وعلى القول الآخر يسجن حتى يحلف.

وقال ابن شهاب في رجل شهد عليه ثلاثة رجال مفترقون شهد أحدهم بطلقة وآخر باثنتين وآخر بثلاث، قال: ذهبت منه زوجته بطلقتين وهذا يصح

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٨١.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٨٧، والنوادر والزيادات: ٩/ ٩٣.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٥٤٩، والنوادر والزيادات: ٨/ ٤٠١.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٩٣.

في بعض وجوه المسألة، فإن علمت التواريخ فشهد واحد أنه طلقها قبل أمس واحدة، والثاني أنه طلقها أمس اثنتين والثالث أنه طلقها اليوم ثلاثا ذهبت منه بطلقتين لأن شهادة الأوسط تضم إلى شهادة الأول، فتلزمه طلقة، وبقي من شهادته طلقة فإن شهد الآخر أنه طلقها اليوم ثلاثا فيضم إلى الباقي شهادة الأوسط فيلزمه أخرى، وكذلك إذا شهد الأول باثنتين والأوسط بواحدة والآخر بثلاث يلزمه طلقتان، فتضم شهادة الأوسط إلى الأول، فتلزمه طلقة ويبقى من شهادة الأول واحدة فتضاف إليها شهادة الآخر، فتلزمه طلقة أخرى، ويحلف على الباقي من شهادة الآخر، ولو شهد الأول بثلاث والثاني باثنتين والآخر بواحدة لزمه ثلاث/ لأن شهادة الثاني إذا ضمت إلى شهادة الأول لزمه طلقتان قبل أن يسمعه الثالث يوقع الأخرى فلما سمعه الثالث ضمت شهادته إلى الباقي من شهادة الأول وهي واحدة فتمت الثلاث، وكذلك إذا شهد الأول بثلاث والثاني بواحدة والثالث باثنين لزمه ثلاث لأن شهادة الأول تضم إلى الثاني فتلزمه طلقة ويبقى من شهادته طلقتان فلما سمع الثالث طلقها اثنتين ضمت إلى الباقي من شهادة الأول ولزمته أخرى فتمت الثلاث، وكذلك لو شهد الأول أنه أوقع عليها طلقتين والثاني ثلاثا، والآخر واحدة لزمه الثلاث، لأنه لما سمعه الثاني لزمه طلقتان قبل أن يسمعه الثالث ويبقى من شهادة الأوسط طلقة، فلما طلق الأخرى أضيفت إلى الباقي من شهادة الأوسط فتمت الثلاث، ويختلف إذا عدمت التواريخ هل يلزمه طلقتان أو ثلاث لأن الزائد عن الاثنتين من باب الطلاق بالشك.

(ب) ٣٣١/أ

فصل

[فيمن أقر أنه فعل شيئا ثم حلف بالطلاق أنه لم يفعله]

وقال مالك فيمن أقر أنه فعل شيئا ثم حلف بالطلاق أنه لم يفعله، وقال كنت كاذبا صدق وأحلف وإن شهدت عليه بينة أنه أقر بأنه فعله، فإن كان إقراره قبل يمينه فلا شيء عليه، وإن كان بعد يمينه حنث[1]، وإن قال امرأته طالق ما دخل دار فلان فشهدت عليه بينة أنه دخلها طلقت عليه، وقال في كتاب محمد إن شهد عليه رجلان بحق فحلف بالطلاق لقد شهدا بباطل دين في يمينه وقضي عليه بالحق، وإن شهد عليه غيرهما بذلك الحق طلقت عليه، وإن حلف قبل أن يشهد عليه ولا علم له بشهادتهما ثم شهد أحنث[2]، وإن علم أنهما يشهدان عليه، فقيل له: إن فلانا وفلانا يشهدان عليك بكذا فحلف بالطلاق أن لا شيء عنده من ذلك، ثم شهدا عليه لم يحنث، وقال مالك فيمن وجد عليه ريح شراب فشهد عليه شاهدان عند الإمام أنه ريح شراب فحلف المشهود عليه بالطلاق إن كان شرب خمرا، قال يقام عليه الحد في يمينه ولا تطلق عليه.

فصل

[في شهادة الأعمى]

قال مالك: وتجوز شهادة الأعمى إذا عرف الصوت وقد حاجني رجل مرة عند بعض الولاة في ذلك فقلت كيف حفظ الناس ما حفظوا عن أزواج النبي ﷺ[3]، وإنما كان كلامهن للناس من وراء حجاب.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٧٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٧٨.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٩٣، والنوادر والزيادات: ٨/ ٢٥٩.

قال الشيخ رحمه الله: وقد أمرهن الله عز وجل بالحجاب فقال: ﴿ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسْئَلُوهُنَّ مِن وَرَآءِ حِجَابٍ ﴾ [الأحزاب:٥٣] وأمرهن بالبلاغ فقال عز وجل: ﴿ وَٱذْكُرْنَ مَا يُتْلَىٰ فِي بُيُوتِكُنَّ مِنْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ وَٱلْحِكْمَةِ ﴾ [الأحزاب:٣٤] ما سمعن منه من السنة، وقال النبي ﷺ: «إِنَّ بِلاَلاً يُنَادِي بِلَيْلٍ، فَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يُنَادِيَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ»[1] فأجاز لمن كان في بيته أن يقتدي بما يقع له من التفرقة بين الصوتين وأن هذا نداء بلال فيأكل وهذا نداء ابن أم مكتوم[2] فيمسك، ولولا معرفة الصوت لم يجز له أن يأكل بما يقع له أنه أذان بلال، لأنه يمكن أن يكون أذان بلال تقدم وهو نائم، وهذا الثاني نداء محرم، ونادى النبي ﷺ مخرمة، فعرف صوته، فخرج وعلى يده قباء، وقال: «خَبَأْتُ هَذَا لَكَ»[3]، قال سحنون: وكما يعرف صوت امرأته فيصيبها[4]، يريد: وإن كان في ليل ومعه بناته أو غيرهم، وقال ابن القاسم وأشهب وابن الماجشون: لا تجوز شهادته على الزنى لأنه إنما يشهد على الرؤية[5].

---

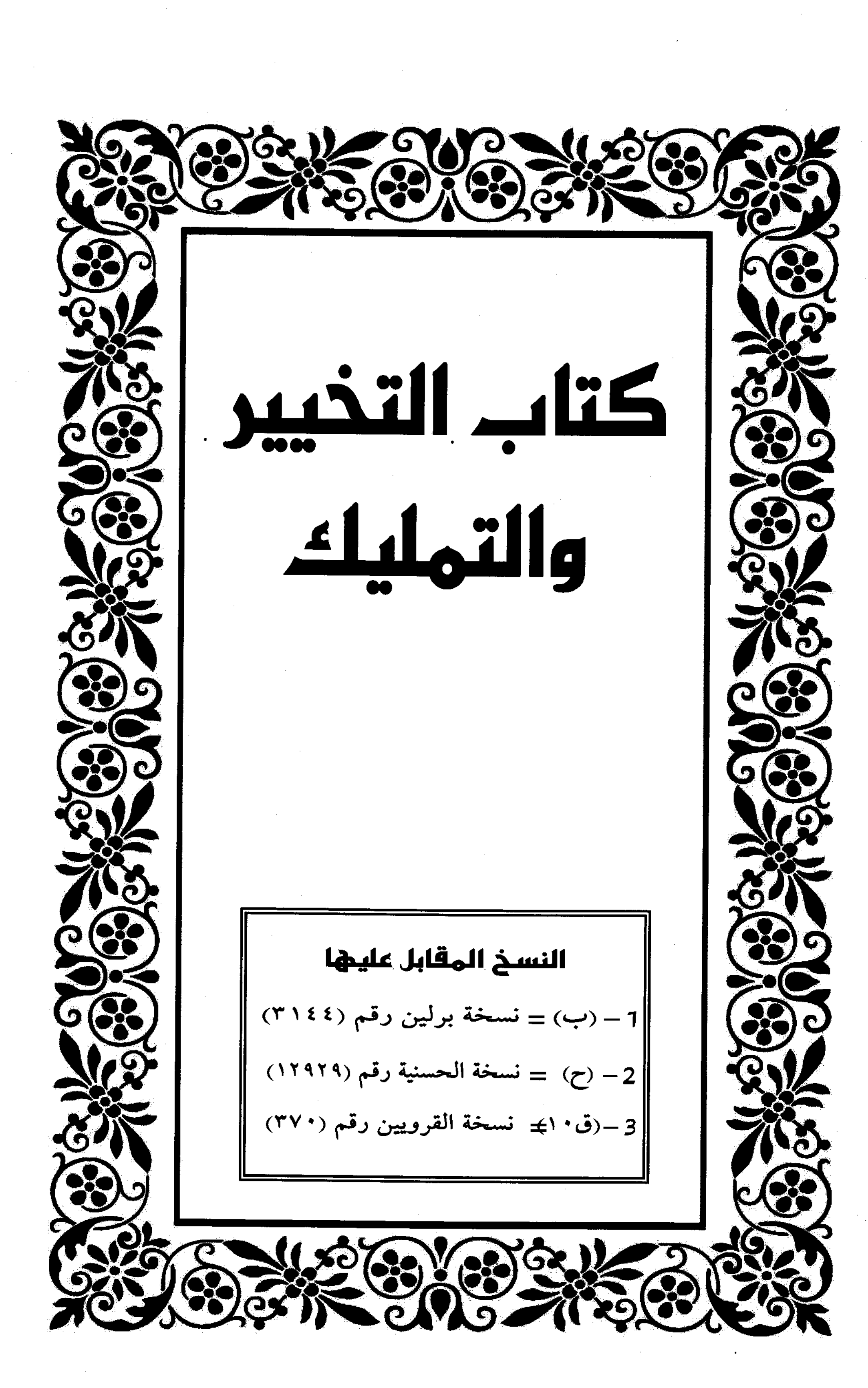
(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ١/ ٢٢٣، في باب أذان الأعمى إذا كان له من يخبره، من كتاب الأذان، برقم (٥٩٢)، ومسلم: ٢/ ٧٦٨، في باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر وأن له الأكل وغيره، من كتاب الصيام، برقم (١٠٩٢)، ومالك: ١/ ٧٤، في باب قدر السحور من النداء، من كتاب الصلاة، برقم (١٦١)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

(٢) قوله: (فأجاز لمن كان... ابن أم مكتوم) ساقط من (ب).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٩٤٠، في باب شهادة الأعمى وأمره ونكاحه وإنكاحه ومبايعته وقبوله في التأذين، من كتاب الشهادات، برقم (٢٥١٤)، ومسلم: ٢/ ٧٣١، في باب إعطاء من يسأل بفحش وغلظة، من كتاب الزكاة، برقم (١٠٥٨)، من حديث المسور ابن مخرمة رضي الله عنه.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٢٥٩.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٢٦٠.



كتاب التخيير والتمليك

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 –(ق١٠≠ نسخة القرويين رقم (٣٧٠)



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب



التخيير والتمليك



باب
في التخيير والتمليك في الزوجات وما يمنع من ذلك

الأصلُ في تخيير الزوجة قول الله ﷻ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾ [الأحزاب: ٢٨]، والتخيير على ثلاثة أوجه: يجوز في وجهين، ويمنع في ثالث؛ فيجوز إذا كان الطلاق إلى الزوج يقول: إن اخترت أن أطلقك طلقتك، أو يقول: اختاري تطليقة، ويمنع أن يجعل لها أن تطلق بالثلاث؛ لأنَّ طلاق الثلاث في مرة ممنوع على أن يوقعه الزوج أو يوكل من يوقعه؛ الزوجة أو غيرها، فإن فعل انتزع ذلك الحاكم من يدها إلا أن تسبق بالقضاء بالثلاث فيمضي فلا يعترض هذا بالآية في التخيير لوجوه أربعة:

أحدها: أن مضمون الآية أنه هو المطلق لقوله تعالى: ﴿ فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾ [الأحزاب: ٢٨] فهو المسرح بالطلاق.

والثاني: أنه لو سُلِّم[١] أن المراد بالآية أن الزوجة هي المطلقة والمسرحة

---

(١) في (ب): (علم).

لجاز؛ لأن ذلك يقتضي طلقة، ولو قال: سرِّحي نفسك لم يكن لها أن تقضي إلا بطلقة.

والثالث: أنه لو كان تخييره في الثلاث[1] لكان حكمه في ذلك يخالف[2] حكمنا؛ لأن الوجه الذي يمنع من أجله طلاق الثلاث هو ما يدرك الزوج من الندم، ومثل ذلك يؤمن من النبي ﷺ؛ لأن التخيير كان من الله / سبحانه لا يدركه ندم فيما فعله بوحي.

(ب) ٣٣١/ب

والرابع: أنه لو سلم أنه يلحقه ما يلحق غيره لم يستردها بعد أن آثرت الدنيا على الله ورسوله والدار الآخرة.

وقوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «**لَا عَلَيْكِ أَلاَّ تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ**» لأنها لو اختارت أن يطلقها لامتثل ذلك النبي[3] ﷺ لأمر الله عز وجل له به، وما روي أن إحدى نسائه اختارت فكانت البتة فغير صحيح، والذي في البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «**فَإِنِّي أُرِيدُ اللهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ**» قالت[4]: «**ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُهُ مِثْلَ ذَلِكَ**»[5].

---

(١) في (ح): (الثالث).

(٢) في (ح): (بخلاف).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ح): (قال).

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٤/ ١٧٩٦، في باب سورة الأحزاب، من كتاب التفسير، برقم: (٤٥٠٧)، ومسلم: ٢/ ١١٠٣، في باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، من كتاب الطلاق، برقم: (١٤٧٥)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

فصل

[فيمن قال لامرأته بعد الدخول: اختاري نفسك]

وقال مالك: فيمن قال لامرأته وقد دخل بها: اختاري نفسك فقالت: قد اخترتُ نفسي: إنها ثلاث ولا يقبل قول واحد من الزوجين أنه أراد واحدة، وإن قالت: قبلت أمري، سُئلت: ما أرادت بذلك؟ فإن قالت: قبلت ما جعل إليَّ، قيل لها: فطلقي إن شئت أو ردي، وإن قالت: أردت ثلاثاً لم يكن للزوج أن يناكرها، وإن قالت: أردت واحدة، لم يلزم ذلك الزوج ويسقط ما بيدها، وإن قال: أمرك بيدك، فقضت بالثلاث كان له أن يناكرها، وإن قضت بواحدةٍ لزمته ولم يكن له أن يناكرها[1].

وقد اختلف في التخيير في ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا قالت: اخترت نفسي، هل له أن يناكرها؟

والثاني: إذا قضت بطلقة[2] هل يلزمه الثلاث؟

والثالث: إذا لم يصح قضاؤها بطلقة هل لها أن تعود فتقضي بالثلاث؟

فقال ابن الجهم: للزوج أن يناكرها في الثلاث وتكون طلقة بائنة.

وقال ابن سحنون في كتاب الأصول: سمعت سحنون يقول: لا فرق عندي بين التخيير والتمليك، له أن يناكرها فيهما جميعاً. يريد: وتكون طلقة رجعية كالتمليك، قال: وأكثر أصحابنا يقولون: الطلقة بائنة.

وقال عبد العزيز بن أبي سلمة: التخيير والتمليك سواء؛ له أن يناكرها.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧١.

(٢) في (ب): (بتطليقة).

وحكى ابن خوازمنداد عن مالك أن محمله في الخيار على طلقة بائنة مثل ما ذكر ابن سحنون عن أكثر أصحابه.

قال الشيخ رحمه الله: التخيير والتمليك سواء إلا أنه متعلق بها بعده، وقوله: خيرتك في نفسك أو ملكتك نفسك سواء؛ بخلاف قوله: خيرتك في أمرك أو[1] ملكتك أمرك، فإن قال: خيرتك في نفسك أو اختاري أو ملكتك نفسك؛ كان لها أن تبين بنفسها إن شاءت، وذلك يصح بالثلاث أو بطلقة بائنة، ولا يصدق أنه أراد واحدة رجعية؛ لأنه إذا ارتجع لم يصح اختيارها لنفسها. وإن قال: لم أنوِ عدداً، صدق ثم يعود الخلاف بماذا تبين؟ فرأى مرة أنها تبين بالثلاث؛ لأن الواحدة لا تكون بائنة إلا أن يكون معها فداء، ورأى مرة أنها تكون بائنة وإن لم يكن معها فداء.

وقد اختلف فيمن قال: أنت طالق طلاق الخلع، هل يكون ثلاثاً أو واحدة بائنة أو رجعية؟

وقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن خير زوجته فقالت: قد اخترت أمري وقالت: أردت الصلح، فقال: هو صلح لا يراجعها إلا بنكاح جديد[2]. يريد: أنها تكون واحدة بائنة، فإذا صحَّ أن تبين بواحدة إذا أرادت هي ذلك صحَّ أن يكون اختيارها نفسها كذلك؛ لأنَّ الاختيار لا يفتقر إلى عددٍ وإنما يفتقر إلى البينونة، وقياساً على اختيار الأمة نفسها بعد العتق أنها تبين بواحدة. وإذا قال: اختاري أمرك أو ملكتك أمرك، قبل قوله أنه أراد واحدة؛ لأنَّ التخيير والتمليك إنما جعله لها في أمرها وهو الطلاق، ولو صرح في قوله

---

(١) في (ح): (و).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٩.

فقال: اختاري الطلاق أو ملكتك الطلاق لقبل قوله أنه أراد واحدة، وقد اختلف في ذلك فقال محمد: إذا قال: اختاري أمرك هي ثلاث ولا ينوى[1].

وقال أبو إسحاق ابن شعبان: قوله اختاري أمرك وملكتك أمرك سواء[2]، ويقبل قوله أنه أراد واحدة وهو أحسن، ولو كان لا يقبل قوله إذا قال: اختاري أمرك؛ لم يقبل إذا قال: ملكتك أمرك.

واختلف إذا قضت في التخيير بواحدة على القول أنها[3] ليس لها أن تقضي إلا بالثلاث؛ فقال مالك: يسقط ما بيدها[4].

قال محمد: ما لم يتبين منه الرضا بذلك فتكون طلقة له فيها الرجعة[5].

وقال أشهب: لها أن ترجع فتقضي بالثلاث[6]، وهو أحسن لأنَّ النساء لا يميزن أحكام هذه الألفاظ، وإنما يقع عندها أنها فعلت ما جعل لها فينبغي أن يبين لها ثم ينظر إلى ما تعمل[7] بعد ذلك.

وقال عبد الملك في كتاب محمد: إذا قضت بواحدة كانت البتة[8]. قال في ثمانية أبي زيد: لأنه إنما يخيرها في الخروج من عنده والانبتات فبلغناها البتة[9] فحمل قولها واحدة أنها أرادت أن تبين[10] بها وألزمها الثلاث.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٦.
(٢) في (ح): (فينوى).
(٣) في (ح): (أن).
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٦، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٣.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٣.
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٣.
(٧) قوله: (تعمل) في (ح): (يعمل).
(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٣.
(٩) في (ح): (إليه).
(١٠) في (ح): (يبين).

فصل

[فيمن خير في الطلاق دون النفس]

فإن لم يخيرها في نفسها وخيرها في الطلاق، فقال: اختاري طلقة أو اثنتين أو ثلاثاً، لم يكن لها أن تقضي بخلاف ما جعل لها[١]. وإن قال: اختاري واحدة أو اختاري طلقة أو اختاري من الطلاق طلقة أو في تطلقي من الطلاق واحدة لم تقض إلا بطلقة ولا يمين عليه في شيء من ذلك. وإن قال: اختاري/ في واحدة حلف أنه لم يرد إلا طلقة ولا يمين عليه في شيء من ذلك لإمكان أن يكون أراد بقوله في واحدة أي في مرة واحدة. وأحلفه ابن القاسم إذا قال: اختاري في أن تطلقي نفسك طلقة واحدة وفي أن تقيمي وألا يمين عليه أحسن[٢].

(ب) ٣٣٢/أ

وإن قال: اختاري تطليقتين أو من تطليقتين أو في تطليقتين كان الجواب مختلفاً. فإن قال: اختاري تطليقتين كان لها أن تقضي بهما، فإن قضت بواحدة لم يلزمه بشيء، وإن قال: اختاري من تطليقتين فقضت بالواحدة لم يكن لها أن تستكمل اثنتين[٣].

واختلف إذا قال: اختاري في تطليقتين فقال في المدونة: تقضي بها فإن قضت بواحدة لم يلزمه شيء[٤].

---

(١) انظر: التلقين: ١/ ١٣٣، والمعونة: ١/ ٥٩٦.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٢.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٢.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٢.

وقال ابن سحنون: لها أن تقضي بواحدة، وقوله في تطليقتين يحتمل أن يريد في أن تقضي أو تترك لعدتها أو[١] تختار في الأعداد، فأرى أن يُسأل عما أراد إذا قضت بواحدة فإن قال: أردت الأعداد لزمته الواحدة، وإن قال: أردت أنها تقضي أو تترك حلف على ذلك، ثم يكون لها أن تستأنف الخيار؛ لأنها تقول: ظننت أنه أراد العدد ولو علمت أنه لم يرد ذلك لقضيت بالاثنتين، وكذلك إن قال: طلقي نفسك ثلاثاً أو اثنتين، لم يكن لها أن تقضي بغير ذلك، وإن قال: ملكتك طلقتين[٢] أو ثلاثاً كان لها أن تقضي بجملة ذلك العدد أو ببعضه. قال في المدونة: لأنه في التمليك جعل لها أن تقضي بالواحدة والاثنتين والثلاث[٣].

وقال في ثمانية أبي زيد: إذا قال: ملكتك ثلاثاً، لها أن تقضي بما شاءت، وقال في كتاب ابن حبيب: إذا قضت بواحدةٍ لم يكن لها شيء[٤]. والأول أحسن؛ لأن قوله ملكتك يقتضي أن يتصرف في ذلك تصرف المالك، والمالك يتصرف في بعض ملكه وفي جملته؛ وليس كذلك قوله: طلقي نفسك ثلاثاً؛ لأنَّ هذه اللفظة لفظة الأمر فتمتثل ما أمرها به أو ترده.

واختلف أيضاً إذا قال: ملكتك في ثلاث كالاختلاف الأول على[٥] قول ابن سحنون يكون لها أن تقضي بواحدةٍ بخلاف أن يقول: ملكتك الثلاث ولا يقول: "في".

وكل هذا ينحصر في أربع؛ تخيير وتمليك وأمر بالطلاق ووكالة عليه.

---

(١) قوله: (لعدتها أو) في (ح): (أو يريد أن).

(٢) في (ح): (تطلقتين).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٩.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٤.

(٥) قوله: (على) في (ح): (وعلى).

ومحمل الأمر بالطلاق إذا قال: طلقي نفسك على واحدة، وسواء دخل بها أو لم يدخل.

والتمليك على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقول: ملكتك نفسك، فحكمه حكم خيرتك في نفسك، وقد تقدم.

والثاني: أن يقول: ملكتك أمرك، واختلف هل يحمل مع عدم النية على الثلاث أم على واحدة؟ فالمعروف من المذهب أن محمله على الثلاث إلا أن تكون نيته أقل، وسواء دخل بها أو لم يدخل.

وقال مالك في كتاب محمد في رجلٍ لاعب امرأته فملكها وهو يلاعبها فقالت: تركتك، فقال الزوج: كنت لاعباً ولم أرد طلاقاً، فلا يصدق ويحلف أنه لم يرد طلاقاً وتكون واحدة[1]، فحمله مع عدم[2] النية على واحدةٍ؛ لأنَّ معنى قوله: ملكتك أمرك؛ أي: طلاقك، والطلاق مصدر يصح أن يراد به الواحدة أو الثلاث، فرأى مرة أنه لا تخرج من يده إلا بها لا شكَّ فيه وهو واحدة، ورأى مرة أنها إذا أوقعت الثلاث لم ترد؛ لأنه مما يمكن أن يتضمنه ذلك اللفظ فلا يرد بشك.

والثالث: أن يقول: طلاقك في يدك.

فقال مالك في المدونة: هو بمنزلة التمليك، القول قول الزوج إذا رد عليها ويحلف[3]. وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إن قال: وهبت لك طلاقك

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٣و٢١٤.

(٢) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٢.

هي البتة[1]. وإن قال: نويتُ واحدة، لم ينفعه؛ لأن الهبة[2] تجمع الطلاق كله، وكذلك إذا قال: فراقك، وعلى هذا يحمل قوله: طلاقك في يدك على الثلاث؛ لأنَّ الطلاق يعبر به عن الواحدة والثلاث، فجاز أن يصدق أنه أراد واحدة.

واختلف إذا قال: طلقي نفسك؛ فجعله ابن القاسم في المدونة تمليكاً[3]. وقال محمد: ليس لها أن تطلق إلا واحدة ولو طلقت أكثر فلم ينكر ولم يرد حلف أنه لم يسكت رضاً منه بها طلقت وهو أبين وليس قوله طلاقك بيدك بمنزلة قوله: طلقي نفسك[4].

فصل

[فيمن خير زوجته في الطلاق قبل البناء]

وإن خيرها قبل البناء فقالت: اخترت نفسي ولم ينوِ الزوج ولا هي عدداً كان محمله عند مالك على الثلاث، وإن نوت واحدة أو ثلاثاً كان ذلك على ما نوت إذا لم يناكرها، فإن قضت بالثلاث وقال: أردت واحدة صدق. قال أصبغ: إن نوت واحدة ولا نية للزوج لم يلزمه الواحدة[5]، وكل هذا ليس بالبين.

ولا أرى أن يلزم مع عدم النية منهما أو من أحدهما إلا واحدة؛ لأنَّ اختيار النفس لا يتضمن عدداً، وإنما يتضمن أن تبين بنفسها، وذلك يصح بطلقة.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٠٦.

(٢) في (ح): (اللفظ).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٤.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٤.

ويختلف إذا خيرها قبل البناء ثم لم تعلم حتى بنى بها؛ لأنه دخول فاسد، فقيل: لا يملك فيها رجعة، فعلى هذا لا يكون لها أن تقضي/ إلا بواحدة بمنزلة من لم يدخل. وقيل: يملك فيها الرجعة فيصير على هذا إلى حكم من خيرت بعد البناء؛ لأنه كان جعل لها أن تبين بنفسها، فيختلف هل تقضي بالثلاث أو بواحدة بائنة؟.

(ب) ٣٣٢/ب

واختلف إذا خيرها وهي صغيرة فاختارت نفسها؛ فقال مالك في كتاب محمد: ذلك طلاق إذا كانت قد بلغت في حالها، قال ابن القاسم: يريد إذا بلغت الوطء فيما ظنت، وقال أشهب وعبد الملك: ذلك خيار وإن كانت صغيرة(١). وهو أبين إذا كانت ممن يعقل مثل ذلك، وإن كانت لا تعرف الصلاح من الفساد؛ وأما إن كانت [...](٢) أن يوقع عليها الطلاق من(٣) لا معرفة عنده ولا تمييز، وأمَّا إن كانت(٤) لها الستتان والثلاث فليس قضاؤها بشيءٍ.

وقال ابنُ القاسم في العتبية فيمن تزوج صغيرة على أنه(٥) إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج عليها فقال: إن كانت عقلت وعرفت الطلاق والخيار؛ فالخيار لها، وإن كانت لا تعرف استُؤْنِي بها حتى تعرف ثم تختار، ولو تزوجها على إن تزوج عليها كان أمر التي تزوج عليها بيدها فتزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل فسخ النكاح(٦).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٦.
(٢) بياض في (ق١٠) بمقدار كلمة.
(٣) في (ح): (ممن).
(٤) ساقط من (ح).
(٥) ساقط من (ح).
(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٣٨ والنوادر والزيادات: ٥/ ١٨٩.

يريد: أنه نكاح موقوفٌ والزوج ممنوع منها إلى مدة تعقل فيها. وعلى قول أشهب وعبد الملك يجوز النكاح ولها أن تختار الآن[1]، وكذلك إذا كان الخيارُ لها في نفسها لها أن تختار ولا يوقف[2].

وقال عبد الملك في المجموعة: إذا خيرها وهي في عقلها ثم غمرت لم يجز قضاؤها حينئذ، وإن خيرها وهي مغمورة فاختارت جاز قضاؤها؛ لأنها في حد من رضي لنفسه قضاءها[3]. وإن قال: اختاري ولم يزد على ذلك حمل على اختيار النفس، فإن قال: أردت اختاري أي ثوب أشتريه لك، لم يصدق إلا أن يكون تقدَّم في قوله ما يدل على ذلك.

---

(١) قوله: (الآن) ساقط من (ح).

(٢) في (ح): (توقف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٦، ٢٢٧.

باب



في قضاء المرأة إذا ملكت، أو خيرت في المجلس أو بعده، وفي التخيير والتمليك إلى أجلٍ



التخيير والتمليك على وجهين؛ مطلق ومقيد بأجل، فإن أطلق ذلك والزوجة حاضرة حين التخيير كان لها أن تقضي في المجلس.

واختلف عن مالك إذا لم تقضِ حتى تفرقا هل يسقط ما بيدها من ذلك أم لا[١]؟

وقال ابن القاسم: ليس لها أن تقضي[٢]، وقال سحنون وغيره: ذلك بيدها[٣]، ويختلف على هذا في وقف الزوج لها، وعلى[٤] القول الأول يوقفها الآن، وعلى القول الآخر لا يوقفها، ولها أن تفارق المجلس وترى رأيها، وأرى أن تمهل ثلاثة أيام لتنظر في ذلك، وبه قال[٥] مرة فيمن وجبت له الشفعة: يؤخر ثلاثة أيام؛ ليرى رأيه[٦]، وقيل في الذي يرى الحمل وهو ينكره: له فسخه في ذلك بعد الوضع، وفي الحديث في المصرَّاة أنه بالخيار ثلاثة أيام[٧]؛

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٤.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٥، ونص المدونة: (قلت: أرأيت إذا خير الرجل امرأته حتى متى يكون لها أن تقضي في قول مالك؟ قال: يكون لها أن تقضي في مثل ما أخبرتك في التمليك إلى أن يفترقا، فإن تفرقا فلا شيء لها بعد ذلك).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٢.

(٤) في (ح): (على).

(٥) قوله: (وبه قال) في (ح): (وقد قال مالك).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٤٤.

(٧) أخرجه البخاري ٢/ ٧٥٥، في باب **باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة** ،مسلم:٣/ ١١٥٨، في باب حكم بيع المصراة، من كتاب البيوع، برقم (١٥٢٤).

وذلك ليرى رأيه في الأخذ أو الرد؛ لأنَّ حالها في الحلاب[١] يعلم دون ذلك، ومن اشترى سلعة بالخيار يمهل ويضرب له من الأجل بقدر ما يختار في مثلها، وكذلك التخيير والتمليك قد جعل لها فيه الاختيار[٢]، والحاجة إلى ما تؤامر فيه نفسها وتشاور، فمشقة الفراق أشد من ذلك.

وقال ابن القاسم: إذا قال: اختاري اليوم كله، فمضى ذلك اليوم كله ولم تختر، فليس لها أن تختار بعد ذلك، قال: لأن مالكاً قال فيمن خيَّر زوجته فلم تختر حتى تفرقا: فلا خيار لها، وأما على القول الآخر فلها أن تختار وإن مضى ذلك الوقت[٣]. والقول[٤] الأول أحسن؛ لأنه واهب هبة على صفة فلا يخرج من يده فوق ما وهب.

واختلف إذا ضرب أجلاً شهراً أو سنة؛ فقال مالك: ذلك بيدها إلى ذلك الأجل إلا أن توقف قبل ذلك فتقضي أو ترد أو يصيبها زوجها قبل ذلك فيبطل ما بيدها[٥].

وقال في مختصر ما ليس في المختصر: إن خير زوجته أو ملكها إلى أجلٍ فذلك، قال: وقال بالقول الآخر. يريد: قوله في المدونة.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: توقف مكانها فتقضي أو ترد وإن لم توقف حتى وطئها لم يسقط ما بيدها[٦]؛ لأنه كذلك جعله بيدها حين قال: إلى

---

(١) في (ح): (الحالين).

(٢) في (ب): (الخيار).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٢، ٢٧٣.

(٤) قوله: (القول) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٥.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٣١.

شهر أو سنة فقد رمى مرمى يكون الوطء قبله وبعده، وقول مالك في جواز الصبر إلى الأجل أحسن[1] بخلاف الطلاق إلى أجل؛ لأنَّ الطلاق يقع بنفس انقضاء الأجل، وهذا الأمر فيها مشكوك فيه لا يدرى هل يحسن عندها الرضا بالزوجية أو الفراق؟ فأشبه من قال: أنت طالق إلى قدوم فلان أنه لا يعجل عليها بالطلاق وقد أباح له الإصابة حتى يقدم، وكذلك الزوجة[2] تقول: من حقي التأخير ولي مهلة النظر إلى ذلك الأجل، وإن كانت الإصابة عندكم لا تجوز فامنعوه مني ولا يعترض هذا بالميراث؛ لأنها زوجة فالميراث بينهما قائم حتى يقع الطلاق.

(ب) ٣٣٣/أ

واختلف إذا خيرها وهي غائبة عن موضع التخيير فقيل:/ الأمر بيدها وإن لم تقض في المجلس الذي صار ذلك بيدها؛ بخلاف أن يكون الزوج حاضراً إلا أنه في الغيبة ليس ثَمَّ من يجاوبه ولا من يطالبه[3] بالمجاوبة، وهو أحسن؛ فمن ذلك أن يقول: إن تزوجت فلانة فأمرها بيدها، فلا يقضي[4] بحضرة العقد أو يقول: إن غبت عنك سنة فأمرك بيدك، فيغيب عنها سنة.

واختلف أيضاً إذا جعل ذلك بيد رجلٍ حاضرٍ معه فانصرف قبل أن يقضي حسب ما تقدم إذا كانت الزوجة حاضرة، والقول الأول ألا يسقط إلا أن تسقطه أو تمكنه منها أحسن.

واختلف بعد القول أنه لا يسقط بالمفارقة هل يسقط إذا وطئ الزوج بغير علمها؟ وظاهر قوله في المدونة أنه يسقط.

---

(١) في (ح): (حسن).

(٢) ساقط من (ح).

(٣) في (ب): (يطالبها).

(٤) في (ح): (تقضي).

وقال محمد: إذا خلا بها بعلم الذي بيده الخيار أو التمليك ورضاه فادعى الزوج أنه وطئ، سقط التمليك[١]. وهذا أحسن وليس كتمكين الزوجة إذا كان التمليك بيدها؛ لأنَّ ذلك حق لها فأسقطته وهذا فيه حق لغيرها، فإذا سلم أن الافتراق لا يسقط حقه فإن من حقه ألا يقربها حتى يستأذنه، هل يسقط حقه في التمليك؛ لأنه يقول: ليس لك أن تعزلني عما ملكتني ولا تتصرف فيه إلا بإذني.

وقال مالك فيمن قال: إذا جاء غد فقد جعلت لك الخيار توقف الساعة فتقضي أو ترد إلا أن يصيبها قبل غد فيسقط ما بيدها[٢].

يريد: إذا كانت تعلم أن لها الخيار الآن وإن كانت تجهل وترى أن ذلك ليس بيدها إلى غد لم يسقط ما بيدها، وعلى أحد قولي مالك في جواز التأجيل لا يكون لها أن تقضي قبل غد؛ لأنه لم يجعل لها فيه قضاء، وإن قال: أمرك بيدك إن قدم فلان كان له أن يصيبها ما لم يقدم، فإن أصابها بعد قدومه وهي عالمة بقدومه سقط ما بيدها علم الزوج أو لم يعلم، وإن لم يعلما أو علم الزوج وحده لم يسقط ويعاقب إذا أصابها بعد العلم، وإن قال لامرأةٍ: إن تزوجتك فلك الخيار، أو كلما تزوجتك، أو كل امرأة أتزوجها لزمه؛ وليس بمنزلة قوله: كل امرأةٍ أتزوجها طالق؛ لأن التمليك لا يحرم النكاح وقد تختار البقاء معه واحدة ممن تزوج؛ بل الغالب أن المرأة إذا تزوجت الرجل لا تختار فراقه بحضرة العقد وقربه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٧، ٢٢٨.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٣.

فصل

[فيمن قال لزوجته: اختاري، فقالتْ: قد اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي]

قال ابن القاسم فيمن قال لزوجته: اختاري فقالت: قد اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي، قال: توقف فتختار أو تترك، وقال سحنون في المجموعة: لا قضاء لها بعد ذلك[1]؛ لأنها أجابت بغير ما جعل لها[2]. والأول أحسن، وإنما يسقط ما جعل لها ما يفهم منه الرضا بالزوج، وأمَّا هذه فقد حكمت بالطلاق إلا أنها جعلته على صفةٍ لم يجعل لها الزوجة فكان الزوج بالخيار بين الصبر بالدخول على الضرة أو الرد، فإن لم يوقف حتى دخل على ضرتها وقع الطلاق بالاختيار المتقدم، فإن وطئها قبل ذلك لم يسقط الحكم المتقدم، وإن أرادت بعد قولها الأول أن تقضي الآن لم يكن لها إلا برضا الزوج إذا كان قد أجاز قولها الأول.

فصل

[في أقسام الزوجة بعد التخيير والتمليك]

الزوجة بعد التخيير والتمليك على ثمانية أقسام:

فإما أن تتكلم بما يفهم منه الطلاق والعدد، أو بما يفهم منه[3] الطلاق دون العدد، أو بما يفهم منه الرضا بالزوج فتقول: اخترت زوجي أو رددت ما جعل إليَّ أو لا أقبلُ ذلك، أو لا تتكلم وتفعل ما يفهم منه الرضا بالفراق مثل أن تخمر وجهها أو تنقل متاعها، أو تفعل ما يُفهم منه الرضا بالزوج فتمكنه من نفسها أو

---

(١) قوله: (ذلك) ساقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢١.

(٣) في (ب): (عند).

من أن يباشرها أو يقبلها، أو تتكلم بما لا يفهم منه الرضا بالفراق ولا بالمقام، فتقول: قبلت ما جعل إليَّ وأنا أنظر أو أشاور أو تتكلم بأمرٍ مشكل، هل يراد به الفراق؟ أو تنظر في أمرها فتقول: قبلت أمري، أو تنصرف ولا تقول شيئاً ولا تفعله، وقد تقدَّم الجوابُ إذا انصرفت ولم تقل شيئاً والخلاف فيه.

وقال ابن القاسم: إن وثب الزوجُ عليها فوطئها كرهاً، فأرى ذلك لا يسقط ما بيدها[١]، وأرى إن فرتْ هي عند سماع ذلك ألا يسقط ما بيدها؛ لأنها تقول: كرهتُ أن أجلس عند سماع ذلك. وإن اختلفا فقالت: فرَّ عني قبل أن أختار، وقال الزوج: ما[٢] فررت عنها؛ كان القول قوله إلا أن يثبت أنه فرَّ عنها، وكذلك إذا أصابها وقالت: أكرهني؛ كان القول قول الزوج أنها طاعت إلا أن يثبت[٣] الإكراه.

وإن اختلفا في الإصابة فقال: أصبتها، وأنكرتْ؛ كان القول قولها إذا لم تكن خلوة.

قال أصبغ: فإن رضيت بالخلوة وإرخاء الستر أو غلق الباب مما يمكن فيه الوطء؛ فقد سقط ما بيدها إذا زعم أنه أصابها[٤]. وإن قبّلها وقالت: أكرهني أو اغتفلني، وقال: بل طاعت كان القول قولها مع يمينها؛ بخلاف الوطء لأنه لا يكون إلا على هيئة وصفة وهذا بالحضرة[٥] يكون على[٦] غفلة.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٢.

(٢) في (ح): (لا).

(٣) زاد بعده في (ح): (قول).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٦.

(٥) في (ح): (كالخطرة).

(٦) في (ح): (مع).

فصل

[في وجوه إيقاع الطلاق بعد التخيير]

وإيقاعها الطلاق على وجوهٍ؛ فإن قالت: اخترت نفسي كان طلاقاً يقتضي البينونة دون العدد، وقد تقدَّم ذلك.

(ب) ٣٣٣/ب

واختلف إذا قالت: قبلت نفسي، فجعله مالك بمنزلة اخترت نفسي[(١)] / . وقال أشهب في كتاب محمد: هو بمنزلة قولها: قبلت أمري[(٢)]، والأول أصوب، وقبول النفس واختيار النفس سواء[(٣)]. وقال ابن القاسم: إذا قال: اختاري نفسك فقالت: قد قبلت أو رضيت أو تمنيت يثبته[(٤)] أو فعلت، تسأل بمنزلتها إذا قالت: قد قبلت نفسي، وكذلك إذا قالت: اخترت، تسأل ما أرادت[(٥)].

وقال محمد بن عبد الحكم في مختصر ما ليس في المختصر: إذا قالت: قد فعلت هي ثلاث ولا تسأل، وعلى قوله إذا قالت: قد شئت أو قد اخترت أنها ثلاث ولا تسأل، وهو أحسن. وقولها فعلت واخترت وشئت: جوابٌ لامتثال ما جعل لها وليس كقولها رضيت؛ لأنَّ مفهوم رضيت لقبول[(٦)] ما جعل لها إلا أن تقول: رضيت فاخترت نفسي.

وفي كتاب محمد: إذا قالت: تركتك أو اخرج عني أو لا تدخل عليَّ إلا

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٠.

(٣) انظر: المدونة: ٥/ ٢٢٠.

(٤) قوله: (يثبته) ساقط من (ح).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٧.

(٦) في (ح): (بقبول).

بإذني، قال: هذا كله مما يشبه أن تريد به الفراق أو قبول التمليك، فلا بدَّ أن تسأل[١].

قال الشيخ ﵁: أمَّا قولها تركتك فهو فراق ولا تسأل هل أرادت الفراق؟ وتسأل عما أرادت من عدد الطلاق.

وقال محمد فيمن قال لامرأته: أتحبين أن أفارقك؟ فقالت: ما شئت، فقال: قد شئت، ثم قال: إنما شئت أن أحبسك، قال: هو فراق ويحلف ما أراد إلا واحدة[٢]. وإن قال: أمرك في يدك فاذهبي، فقالت: قد ذهبت، قال: هو جواب فراق[٣]، ولو قيل: فاذهبي فقالت: قد ذهبت، لكانت تسأل عما أرادت، ولكن قوله: فاذهبي فقالت: قد ذهبت، جواب فراق.

وقال ابن القاسم: تسأل عما أرادت وهو أشبه[٤]؛ لأن معنى قوله فاذهبي فانظري في ذلك، وقولها قد ذهبت طبقاً[٥] لقوله، ولو كان قوله فاذهبي طلاقاً؛ لكان الطلاق قد وقع منه واستغني عن قولها.

فصل

[فيمن خيرت فقالت: قبلت أمري]

وإن قالت: قبلت أمري، سئلت ما أرادت؟ فإن قالت: لم أرد طلاقاً، صدقت وكان لها أن تقضي فيها بعد، فإن قالت: أردت الطلاق، سئلت ما أرادت من عدد؟

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٦٥.

(٣) انظر:النوادر والزيادات:٥/ ٢٢٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٠.

(٥) في (ب): (جواباً)، وأشار لما في (ح).

واختلف إذا قالت: اخترت أمري؛ فقال مالك في المدونة فيمن قال لامرأته: اختاري، فقالت: قد اخترت أمري أو تقول: اخترت، ولم تقل أمري، تسأل، فإن قالت: لم أرد طلاقاً؛ كان القول قولها، وإن قالت: أردت واحدة، لم يكن لها شيء، وإن قالت: أردت الثلاث، قُبل قولها[١]. وقال محمد: لا تكاد المرأة تفرق بين اخترت أمري وبين الطلاق[٢]. يريد: أنها لا تصدق أنها لم ترد طلاقاً.

وقال عبد الملك: لا تصدق[٣]، وإن قالت: لم أرد طلاقاً؛ لأن ذلك عند النساء طلاق ولو كنت أعلم ذلك لصدقت، قال محمد: فرأيت من[٤] مذهبه أنه عنده طلاق البتة[٥].

وقال ابن القاسم: وإن قالت: أردت الصلح، فإنه صلح ولا يراجعها إلا بنكاحٍ جديدٍ، وسواء خيَّرها أو ملكها إذا رضي الزوج، قال محمد: ولو أنكر الزوج في التمليك وقال: لم أنوِ إلا طلقة، حلف وكانت له الرجعة[٦].

قال الشيخ ﷺ: لا أرى أن تصدق أنها لم ترد طلاقاً؛ لأنَّ أمرها هو الطلاق، فإذا قالت: اخترت أمري فقد اختارت الطلاق وليست كالتي تقول: قبلت أمري؛ لأنها تقبل لترتبي، وأمَّا إن[٧] اختارت فقد قبلت وتنوى[٨] فيما تقول: إنها أرادت من العدد كالتي تقول: اخترت طلاقي.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٣.

(٤) قوله: (من) ساقط من (ح).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٣.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٩.

(٧) في (ح): (إذا).

(٨) قوله: (قبلت وتنوى) في (ح): (فعلت وسواء).

وأمَّا قول ابن القاسم: إذا أرادت الصلح، فإنه[١] يريد أرادت تطليقة بائنة. وقوله إذا رضي الزوج يعود على ما يليه من الكلام وهو التمليك؛ لأنَّه ليس لها أن تقضي بطلقة بائنة ولا مقال له في التخيير؛ لأنه جعل لها البينونة، فإن قالت: أردت أن تبين بثلاث، قيل له: أنت تنال بالواحدة البائنة من سقوط النفقة ما أردت بالثلاث وما لم توقعه من الطلاق منفعة لك من غير ضررٍ.

وقد قال[٢] محمد فيمن أعطت زوجها مالاً على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، فذلك لازم ولا مقال لها[٣].

فصل

[فيمن خيَّر زوجته فقالت: طلقت نفسي]

قال ابن القاسم في المدونة فيمن خيَّر زوجته فقالت: طلقت نفسي، تسأل فإن قالت: أردت واحدة لم يكن لها شيء[٤].

وقال في كتاب محمد: لا تسأل في التمليك وهي طلقة واحدة وتسأل في الخيار في المجلس وحده، فإن قالت: أردت واحدة، سقط خيارها وإن افترقا سقط خيارها أيضاً[٥].

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب في المملكة تقول: طلقت نفسي ولا نية لها أنها البتة قال: بخلاف أن يبتدأ الزوج بالطلاق؛ لأنه ملكها في أن تقيم أو تفارق مكانها، قالت: قبلت الطلاق والفراق فهو البتات حتى تريد بقولها ذلك

---

(١) قوله: (فإنه) ساقط من (ب).
(٢) قوله: (وقد قال) في (ب) (وقال).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٣٥.
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٢.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢١٩.

واحدة، والأول أصوب وقولها طلقت نفسي محتمل هل أرادت الابتداء أو طلاق التخيير، وإذا كان الحكم أن تسأل لاحتمال ذلك تسأل في المجلس وبعده، وإن عدمت النية حمل على طلقة لأنه الذي تعرف النساء من ذلك اللفظ حتى تدعي غير ذلك/ .

(ب) ٣٣٤/أ

وقال مالك في كتاب محمد: إذا قالت: اخترت نفسي وزوجي، هي ثلاث البتة[١]. يريد: أنها بقولها اخترت نفسي بائن، وقولها زوجي بعد البينونة لا تصح، ولو ابتدأت فقالت: اخترت زوجي ونفسي لكانت زوجة ويسقط ما بيدها.

فصل

[فيمن ملك امرأته ففعلت ما يقتضي الفراق]

وقال مالك فيمن ملك امرأته فأمرت بنقل متاعها وخمرت رأسها ولم تقل شيئاً: فذلك الفراق ويجري ذلك مجرى الجواب، قال محمد: إذا قالت: أردت به الفراق ونويته وأرى أن تسأل لم فعلت ذلك[٢]، فإن قالت: خمرت وجهي[٣] كراهية في رؤيته ونقلت متاعي خيفة أن يغتالني فيه لمكان الاختلاف، صدقت ولم يكن فراقاً، وكذلك قولها فيما تقدم: لا يدخل عليَّ إلا بإذني، تسأل لم قالت ذلك وأنت في العصمة؟ فينظر فيما تأتي به، وإن قالت: قبلت أمري سئلت: هل الذي[٤] أرادت به الطلاق أو لترى رأيها؟ فإن قالت: أردت الثلاث وقال

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٢.

(٣) قوله: (وجهي) في (ح): (لرأسي وجهي).

(٤) قوله: (الذي) ساقط من (ب).

الزوج: أردت واحدة، كان القول قوله، ويحلف إن أراد أن يراجعها وهي في العدة أو ماتت وهي في العدة فوجب الميراث[١].

وإن قال: أنا لا أراجعها لم يعجل بيمينه، فإن انقضت عدتها ثم أحب أن يتزوجها قبل زوج أحلف، وإن كانت قد تزوجت زوجاً، ثم طلقها لم يكن عليه يمين؛ لأنه يقول: إن لم تصدقوني فقد أحلها الزوج، وإن كان ملكها قبل أن يدخل بها فطلقت نفسها لم يكن عليه أن يحلف الآن[٢] إلا أن يريد أن يراجعها، فإن سئلت بعد أن حاضت أو كانت حاملاً فوضعت فقالت: كنت أردت بقولي قبلت أمري الطلاق صُدقت وحلت للأزواج، وكذلك إذا قالت: قبلت ولم تقل أمري، وإن قالت: قبلت حتى أنظر، كانت العدة من يوم تبين الفراق، وإن قالت: قبلت أمري وأراد الزوج سفراً فقال: اشهدوا أنها إن[٣] قالت: أردت أكثر من واحدة، فإني لم أرد إلا واحدة وإني قد ارتجعت؛ كان ذلك له ورجعته ثابتة.

قال محمد: فإن قدم وقد تزوجت ولم يدخل بها حلف وكان أحق بها، وإن دخل لم يكن أحق بها، وإن لم يقل شيئاً عند سفره ثم قدم بعد أن انقضت عدتها وقال: أردت واحدة وقالت: أردت الثلاث صدق إذا قال ذلك ساعة علم وتزويجها غير ثابت دخل بها أو لم يدخل.

---

(١) قوله: (فوجب الميراث) في (ب) (فأحب الميراث).

(٢) قوله: (الآن) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (إن) ساقط من (ح).

باب



في تكرار التمليك وتكرار القضاء والتمليك بمال أو كان تمليكان أحدهما بمال والآخر بغير مال

وفي[١] كتاب محمد فيمن قال: أمرك بيدك، أمرك بيدك، أمرك بيدك[٢]، فقالت: قد طلقت نفسي[٣] بكل واحدة طلقة، وقال الزوج: لم أرد إلا واحدة وإنما أردت التأكيد، كان كما قال ويحلف[٤].

قال مالك: ولو قالت: كم ملكتني؟ فقال: ملكتك مرة ومرة ومرة[٥]، ففارقته فليس ذلك بثلاث إذا حلف أنه ما ملَّكها إلا واحدة[٦]. ولو قال: ملكتك طلقة وطلقة وطلقة، لم يقبل قوله، ولو قال: أمرك بيدك فقالت: قد قبلت، ثم قال: أمرك بيدك فقالت: قد قبلت، ثم ثلث فقالت: قد قبلت[٧] وقالت: أردت الطلاق كله، وقال الزوج: أردت واحدة، قال مالك: هي ثلاث.

وقال محمد: القول قول الزوج ويحلف؛ لأنه يقول: رددتها عليها حين لم تبين الطلاق، ولو قالت في أول مرة قد طلقت نفسي[٨] ثم ثنى فقالت: قد

---

(١) في (ح): (ومن).

(٢) قوله: (أمرك بيدك، أمرك بيدك) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (نفسي) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٧٦.

(٥) قوله: (ومرة) ساقط من (ح).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٣٠.

(٧) قوله: (ثم قال أمرك بيدك فقالت: قد قبلت، ثم ثلث فقالت: قد قبلت) ساقط من (ح).

(٨) قوله: (نفسي) ساقط من (ب).

طلقت، ثم ثلاث فقالت: قد طلقت؛ لكان طلاقاً ماضياً، يريد أنه يلزمه الثلاث[1].

وقال ابن القاسم: إذا قالت المملكة: فارقتك فارقتك فارقتك، فلما افترقا قال: ما أردت إلا واحدة، لم يقبل قوله وكانت الثلاث، وإن قالت: فارقتك فارقتك فارقتك، فلما افترقا[2] قال: أردت واحدة وقالت: أردت الثلاث حلف وكانت اثنتين[3].

فصل

[فيمن خير امرأته فخاف أن تختار عليه]

وإذا خير امرأته فلما خاف أن تختار فقال: خذي مني ألف درهم على أن تختاريني، كانت بالخيار بين أن تقبل الألف ويسقط ما بيدها من التمليك، أو تطلق ولا شيء لها عليه من الألف[4]، ولو كان المال منها ملكها بغير مال، ثم قالت: خذ مني ألف درهم فطلقني، فقبل وطلقها لم يكن لها أن تقضي بالتمليك؛ لأنها بانت منه بالخلع، ولو طلقت واحدة قبل أن تعطيه المال لكان رجعيّاً، ويصح أن تعطيه المال ليطلق أخرى وتكون بائنة، ولو أعطته مالاً ليطلق فلم يطلق حتى طلقت بالتمليك لصحَّ طلاقها ثم تلزمه التطليقة الأخرى وتكون بائنة.

واختلف إذا ملك امرأته بمالٍ أعطته فقضت بطلقة، هل تكون بائنة أو

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٢٩، ٢٣٠.

(٢) قوله: (قال: ما أردت... فلما افترقا) ساقط من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٦.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٣.

رجعية؟ أو أعطته مالاً يخيرها فقضت بواحدة هل تصح وتبين بها أو يكون له أن يرد المال لأنها رجعية؟

(ب) ٣٣٤/ب

فقال مالك في كتاب محمد:/ إذا أعطته مالاً على أن يخيرها فخيرها[1] فاختارت فهي البتة ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره إلا أن يكون لم يدخل بها فينوى[2].

وقال مالك أيضاً: هي بائنة كالتي لم يدخل بها، فرأى أن المال الذي أعطته لكون الشيء الذي بيدها ولم ترفعه حق الطلاق وأنه ابتدأ.

وقال ابن القاسم في المدونة: إذا كان مع ذلك مال كانت بائنة، والأول أبين؛ لأنها إنما[3] أعطت المال ليصير التخيير والتمليك بيدها، ولم يكن لوجهين[4] للتمليك ولما تقضي به، والذي يتبين ذلك أنها إذا أسقطت ذلك ورضيت بزوجها لم يرجع بشيء ولو كان محمل ما أعطت للأمرين جميعاً لوجب إذا رضيت بالمقام أن ترجع فيما قابل الخلع.

فصل

[فيمن خيَّر امرأته بينه وبين والديها أو الحمَّام]

ومن قال لامرأته وقد أكثرت الخروج إلى أبويها أو إلى الحَمَّام: إمَّا أن تختاريني أو تختاري أباك وأمك أو الحمام؛ فقال مالك: لا شيء عليه إلا أن يريد بذلك الطلاق، قال ابن القاسم: فيلزمه الطلاق وإذا اختارت الشيء الذي

---

(١) قوله: (فخيرها) ساقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٣٤، والبيان والتحصيل: ٥/ ٢١٤.

(٣) قوله: (إنما) ساقط من (ح).

(٤) قوله: (لوجهين) في (ح): (للوجهين).

خيرها فيه، إذا أراد به الطلاق ولم ينو عدداً لزمه[١] الثلاث[٢].

واختلف إذا قال نويت واحدة؛ فقال ابن القاسم: هي البتة ولا تنفعه نيته[٣].

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: إذا أراد الطلاق ولم يضمر[٤] بشيء بعينه فهو البتة وهذا أشبه.

فصل

[في جواز جعل الرجل لامرأته طلاقها]

وقال أبو محمد عبد الوهاب: يجوز للرجل أن يجعل لامرأته طلاقها، وذلك على وجهين على وجه التمليك والوكالة ففي التمليك ليس له أن يبطل تمليكها وله في الوكالة أن يرجع ما لم تطلق نفسها[٥].

قال الشيخ رحمه الله: والزوج مع الأجنبي في ذلك على ثلاثة أوجه؛ تمليك ووكالة ورسالة، فإن ملكه ذلك لم يكن له أن يعزله، وإن وكله كان له عزله ما لم يقض بالطلاق، وإن جعله رسولاً لم يكن له أن يقضي بشيءٍ، وهو في الرسالة على وجهين:

أحدهما: أن يقول: أبلغها أني طلقتها فهذه تكون طالقاً[٦] من وقتِ قال ذلك بلّغها ذلك الرسول أو لم يبلّغها.

---

(١) في (ح): (يلزمه).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٤.

(٤) أشار في (ب) إلى أنه في بعض النسخ: (يقصد).

(٥) انظر: المعونة: ١/ ٥٩٥.

(٦) قوله: (تكون طالقاً) يقابله في (ح): (يكون طلاقا).

والآخر: أن يقول: أبلغها أني جعلت أمرها بيدها أو أني خيرتها، فهذه إذا عرفت وقضت بالطلاق كانت طالقاً، وإن لم يبلغها ذلك الرسول.

وقال ابن القاسم فيمن قال لرجلٍ: خيِّر امرأتي -وهي تسمع- فقالت: طلقت نفسي -قبل أن يقول لها الرجل- فإن القضاء ما قضت[١]. وحمل قوله: خيِّر على الرسالة؛ بخلاف قوله طلق امرأتي؛ لأن قوله خير يتضمن خروج ذلك من يده؛ لأنها هي التي تقضي بالطلاق أو التمليك.

واختلف إذا قال: طلق امرأتي، هل هو تمليك أو[٢] وكالة؛ فقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: هو تمليك، قال ابن حبيب: وكان ابن القاسم يقول: هو على الرسالة ولا يقع الطلاق إلا أن يطلق[٣]. يريد بالرسالة هاهنا: الوكالة؛ لأنه جعل الطلاق بيده وأنه هو المطلق، وهو أحسن، ولو قال: بعْ سلعتي لكانت وكالة وله أن يعزله إلا أن يقول: ملكتك ذلك قال[٤]: وإن ادعى في الزوجة أنه أراد الوكالة صدق، فإن ملك رجلين أو وكلهما لم يصح أن يقضي أحدهما دون الآخر، وإن جعلهما رسولين صحَّ بتبليغ[٥] أحدهما سواء جعل لهما أن يبلغا عنه أنه طلق أو أنها هي التي تطلق.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٧٧.

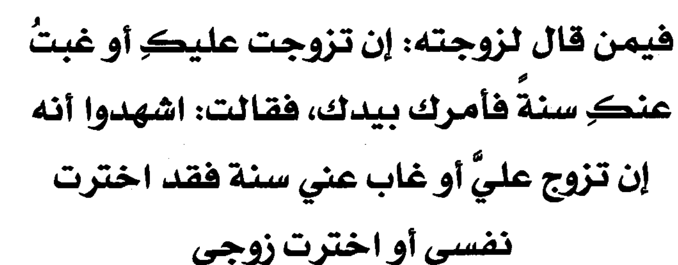
(٢) في (ح): (أم).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٣٢.

(٤) قوله: (قال) ساقط من (ح)

(٥) في (ب): (تبيلغ).





باب

فيمن قال لزوجته: إن تزوجت عليكِ أو غبتُ عنكِ سنةً فأمرك بيدك، فقالت: اشهدوا أنه إن تزوج عليَّ أو غاب عني سنة فقد اخترت نفسي أو اخترت زوجي

اختلف في ذلك؛ فقال مالك في كتاب محمد: يلزمها ما كانت اختارت إن هو تزوج عليها أو غاب سنة[١].

وقال أشهب: لا يلزمها ذلك ولها أن تستأنف القضاء إذا تزوج عليها[٢] أو غاب.

واختلف فيمن قال لأمته وهي تحت عبد: إن لم أبعك إلى سنة فأنت حرة، فقالت: اشهدوا أنه إن حنث فقد اخترت نفسي؛ فقال ابن القاسم: ليس ذلك لها بخلاف الحرة[٣].

قال محمد وقال أصبغ: فيما أظن أن ذلك في الأمة مثل قول ابن القاسم في الحرة[٤].

ولو قالت امرأة: متى ما ملكني زوجي فقد اخترت نفسي، أو قالت ذلك أمة ولم يحلف سيدها فقالت: إن جاء في العتق فقد اخترت نفسي، أو قال رجل: متى طلقت زوجتي فقد ارتجعتها وأشهد على ذلك، لم يلزم من ذلك

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٣.

(٢) قوله: (عليها) ساقط من (ب).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٤/ ٥٥١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٠٤.

كله شيء. ولو قالت امرأة: متى ملكني زوجي أو غاب عني أو تزوج عليَّ، فغاب أو تزوج فقد طلقت نفسي، ثم غاب عنها بعد ذلك أو تزوج عليها لم يلزم ذلك؛ لأنها قضت قبل أن يصير سبب ذلك بيدها.

ويختلف إذا قال الزوج: إن غبت عنك أو تزوجت عليك فأمرك بيدك، فقالت: اشهدوا أنه إن فعل ذلك فقد طلقت نفسي فقال أشهب: /ليس ذلك[1] بشيء إلا أن تقضي بعد ذلك وعلى قول ابن القاسم يلزمه[2] ذلك، ولو قال: إن تزوجت عليك أو غبت عنك إلا بإذنك فأذنت فتزوج أو غاب لزمه[3] قولاً واحداً.

(ب) ٣٣٥/أ

فصل

[فيمن قال لامرأته: أنتِ طالقٌ واحدة إن شئت]

واختلف إذا قال: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: قد شئت ثلاثاً أو البتة؛ فقال ابن القاسم: تلزمه واحدة[4]، وذكر ابن القصار عن مالك أنه قال: لا[5] يلزمه شيء.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: لا يلزمه شيء[6]، وقيل: إن قضت بالثلاث لزمته واحدة وإن قضت بالبتة لم يلزمه شيء؛ لأنَّ البتة لا تتبعض[7]،

---

(١) في (ب): (بذلك).

(٢) في (ح): (يلزمها).

(٣) في (ح): (لزمها).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٢.

(٥) في (ح): (لم).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٣.

والأول أحسن؛ لأنها قضت بالذي أعطاها وزادت عليه والبتة وغيرها سواء؛ لأن البتة ثلاث وقد نزل القرآن أعداد الطلاق، وأن أقلّه واحدة وأكثره ثلاث ولا معنى للبتة غير[1] الثلاث.

وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إن شئت، فقالت: قد شئت واحدة، لم يلزمه شيء[2] إلا أن تقول بائنة، فيختلف في ذلك فمن قال: إنها تكون[3] ثلاثاً لزمه[4] الثلاث، ومن قال: إنها تكون واحدة رجعية لم يلزمه شيء، ومن قال: إنها تكون واحدة بائنة لزمه ما قضت به وهو أحسن أن يكون كما قضت به[5]، وقد تقدم ذلك.

وإن قال: أنت طالق إذا شئت كان قد أعطاها واحدة ولها أن تقضي بها بعد[6] المجلس[7].

وإن قال: متى[8] شئت كان قد أعطاها واحدة، واختلف هل تقضي بها في غير المجلس؟ فإن قال: متى شئت كان واحدة[9] تقضي بها متى شاءت، وكذلك إذا قال: متى ما شئت إلا أن يريد بقوله متى ما: كلما، فيكون لها أن تقضي مرة بعد مرة، وإن قال: كما شئت أو ما شئت كان لها أن تقضي بواحدة أو

---

(١) في (ح): (عند).
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٢.
(٣) قوله: (تكون) ساقط من (ح).
(٤) في (ح): (يلزمه).
(٥) قوله: (به) ساقط من (ح).
(٦) في (ح): (في غير).
(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٥٩.
(٨) قوله: (متى) في (ب): (إن).
(٩) قوله: (واختلف هل... شئت كان واحدة) ساقط من (ح).

باثنتين أو بثلاث في مرة في المجلس، ويختلف إذا افترقا هل يقضي فإن قضت بواحدة أو اثنتين أو ثلاث لم يكن لها بعد ذلك أن تقضي بشيء، وإن قال: كلما شئت كان لها أن تقضي بواحدة واثنتين وثلاث مرة بعد أخرى في المجلس وبعده[1]، وإن قال: أنت طالق غداً إن شئت، فقالت: قد شئت اليوم أو قال: أنت طالق اليوم إن شئت، فقالت: أنا طالق غداً كان قضاؤها لازماً وهي طالق الساعة.

وإن قال: أنت طالق اليوم إن شئت، فقالت: أنا طالق إلى ثلاثين سنة، فإن كان ذلك الأجل مما يرى أنه يبلغه عمرها كانت طالقاً الآن، وإن كان لا يبلغه عمره أو عمرها لم يلزمه شيء وكانت بمنزلة من قضى بالطلاق بعد الموت، وكذلك إن قال: أنت طالق بعد ثلاثين سنة إن شئت، فقالت: أنا طالق الآن كانت طالقاً إلا أن يرى أن ذلك الأجل لم يبلغه عمرها فلا شيء عليه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٤.




باب
جامع التمليك

وقال ابن القاسم فيمن خير زوجته أو ملكها ولم تقض حتى طلقها طلقة فبانت بها(١) ثم تزوجها فليس لها أن تقضي؛ لأن الملك الذي ملكها قد ذهب(٢).

قال الشيخ رحمه الله: ليس لها أن تقضي؛ لأنَّ مضمون التزويج الرضا بالإصابة وبه تستحق الصداق والرضا بذلك يسقط ما بيدها، ولو رضيت بالإصابة قبل الطلاق لسقط ما بيدها وإن لم يصب، ومن ملك أمر زوجته رجلاً ثم غاب غيبة بعيدة وكان قد أشهد أنه على حقه فيما جعل له من ذلك وأنه لا يبيحها، كان للزوج أن يرفع ذلك إلى السلطان فينزعه من يده، وإن كان في حين التمليك غائباً كتب إليه إن كان قريب الغيبة فيقضي أو يرد(٣).

واختلف إذا كان بعيد الغيبة؛ فقال مالك في كتاب محمد: لا يقربها ويضرب له أجل المولي من يوم يرفع ذلك فإن جاء(٤) وإلا طلق عليه بالإيلاء(٥).

قال محمد: وإن قدم في العدة فقضى بالطلاق لزم الزوج مع طلقة الإيلاء وإن لم يطلق عليه كان له أن يرتجع إن شاء ما كانت في العدة، وقال مالك

---

(١) قوله: (بها) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٣.

(٣) في (ح): (يرده).

(٤) قوله: (يرفع ذلك فإن جاء) في (ح): (ملك إن قدم).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٩.

أيضاً: يرجع الأمر إليها[١].

يريد: إذا كان لا يرجى قدومه في الأجل، وقد اختلف قوله في هذا الأصل هل تعجل الطلقة الآن لما كان الصبر لا يعيد شيئاً، وهو مضرة عليها أو يصبر[٢] رجاء أن ينتقل رأيها إلى الصبر.

وإذا طلق بالإيلاء كان لها أن تمنعه[٣] الرجعة؛ لأنه ممنوع من الإصابة فإن انقضت العدة، لم يجز أن يتزوجها؛ لأنه ممنوع منها حتى يقدم فلان ولا يجوز تزويج من لا يحل وطؤها ولا يعترض هذا بالحائض؛ لأن ما فوق الإزار مباح له وهذه ممنوعة الجملة.

وقال مالك[٤] في كتاب محمد فيمن شرط لامرأته إن هو غاب عنها سنة فأمرها بيدها فغاب سنة، ثم زاد عليها وأرادت الفراق كان ذلك لها إذا لم يطل، فأما الشهر والشهران فلا يضرها وتحلف أن ذلك لم يكن رضي بزوجها أو ما كان أكثر من ذلك فلا قضاء لها إلا أن تكون قيدت وأشهدت أنها قبلت لتنظر، قال محمد: فإن لم تحلف فلا خيار لها، / وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: لا يمين عليها وإن أقامت الشهر والشهرين[٥]. وقال ابن حبيب: وكان ابن كنانة وابن نافع يقولان: إذا جاز الأجل فليس بيدها شيء إلا أن تكون قد أشهدت[٦].

(ب)
٣٣٥/ب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٢٨.

(٢) في (ح): (تصبر).

(٣) قوله: (لها أن تمنعه) في (ح): (له يمنعه).

(٤) قوله: (ملك) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٨٩، ١٩٠.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٠، ونص النوادر: (ومن كتاب ابن المواز: قال مالك: ولو أشهدت عند الأجل: أني أنتظر سنة أخرى أو أكثر، فذلك بيدها ما أخرته قرب أو بعد).

وفي ثمانية أبي زيد: أن ذلك بيدها أبداً وإن لم تشهد وهو أحسن؛ لأن الشأن في النساء الاستيناء في مثل هذا ويتربص رجاء أن يقدم ويكره أن يعجل بالفراق ليس لأنها يسقط[1] ذلك فإذا طال وشق عليها الصبر قامت وإن استظهرت بيمين فحسن.

وقال ابن القاسم في المجموعة: إذا طلقت بعد السنة واعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها فأقام البينة أنه كان قدم قبل السنة أنها ترد إليه وإن كان قد دخل بها الثاني، وكذلك إذا شرط إن لم يبعث بالنفقة إلى وقت كذا فأمرها بيدها فرفعت إلى الحاكم وزعمت أنه لم يبعث بالنفقة وطلقت نفسها وتزوجت ثم قدم وأقام البينة أنه كان يبعث بالنفقة سقط التمليك ونزعت من الأخير[2]، وإن دخل وردت إلى الأول.

يريد: لأن هذا تعد من المرأة كالتي ارتجعها زوجها وعلمت ثم[3] تزوجت وبمنزلة من باع سلعة ثم تعدى وباعها من آخر وليس بمنزلة أن يكون التعدي من غيرها، ولو ثبت أنه كان بعث بالنفقة فأمسكها المبعوث معه ولم يعطها[4] لكان الطلاق ماضياً ولم يرد.

ولو أثبت رجل ديناً على غائب فبيعت له داره ثم قدم وأثبت أنه كان قضاه لم يرد البيع إذا فات، وإن كان القائم بالبيع متعدياً؛ لأنَّ التعدي على الذمة وقع فبيع ذلك على[5] التعدي والتعدي في الزوجة على عين المبيع فأشبه ما غصبت عينه ثم بيع بياعات بوجه شبهة، فإن ذلك لا يقطع حق صاحبه.

---

(١) قوله: (يسقط) في (ح): (تخطأ).
(٢) قوله: (الأخير) في (ح): (الأخر). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩١.
(٣) في (ب): (يوم).
(٤) في (ح): (يعلمها).
(٥) في (ح): (عن).

باب




فيمن قال لزوجته: أنت عليَّ حرام، أو قال: الحلال عليَّ حرام، أو ما انقلب إليه حرام، أو ما أعيش فيه حرام وما أشبه ذلك[(١)]

ومن قال لزوجته: أنت عليَّ حرام، أو قال: أنت حرام، ولم يقل: عليَّ، أو قال: الحلال عليَّ حرام كانت طالقاً، ولو قال: عليَّ حرام، ولم يقل: أنت، أو قال: الحلال حرام ولم يقل: عليَّ، لم يكن عليه في ذلك شيء.

واختلف في أربعة مواضع:

أحدها: إذا قال: أردت بقولي عليَّ حرام الظهار.

والثاني: إذا أراد الطلاق فما[(٢)] يلزمه من عدده.

والثالث: إذا قال: لم أرد طلاقاً وإنما أردت أن أهددها بذلك.

والرابع: إذا حرَّم شعرها أو كلامها.

فقال ابن القاسم: إذا قال أردت بقولي: أنت عليَّ حرام الظهار لا تنفعه نيته وهو طلاق[(٣)].[(٤)]

وقال سحنون في العتبية: لا يعجبني ذلك ورأى أنه ظهار[(٥)]، وهو أحسن

---

(١) قوله: (وما أشبه) يقابله في (ح): (أو ما تعلق بذلك).

(٢) في (ح): (فيما).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٧١.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٦.

(٥) تعقب ابن رشد شارح العتبية ما للمؤلف هنا فقال: (حكى اللخمي أن لسحنون في العتبية أنه ينوى في أنه أراد بذلك الظهار وليس ذلك بموجود له عندنا في العتبية فأراه غلطاً، والله أعلم). انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٨٢.

إذا لم تكن عليه بينة أو كانت عليه بينة، وقال في نسق قوله ذلك أردت الظهار فقوله[١] لأن تحريم الزوجة يصح بهذين الوجهين: بالظهار والطلاق فإذا قال أردت أحدهما صدق، وقال يحيى بن عمر في المنتخبة: تطلق عليه فإن تزوجها بعد لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار. وهذا جواب من أشكل عليه الأمر هل يكون ظهاراً أو طلاقاً فأمره بالأحوط وأن يمتثل الوجهين؟.

واختلف إذا أراد الطلاق فيما[٢] يلزمه من عدده؛ فقال مالك وابن القاسم: هو ثلاث قبل وبعد وينوى أنه أراد واحدة قبل البناء ولا ينوى بعد[٣].

وقال عبد الملك في المبسوط: هو ثلاث ولا ينوى قبل ولا بعد. وقال أبو مصعب ومحمد بن عبد الحكم: هو في التي لم يدخل بها واحدة وللمدخول بها ثلاث. وذكر ابن خواز منداد عن مالك أنها واحدة بائنة، وإن كان مدخولاً بها.

وقال عبد العزيز بن أبي سلمة في كتاب ابن سحنون: محمله على واحدة رجعية[٤]، والقول: إنها قبل الدخول واحدة حسن؛ لأنها بالواحدة حرام، وإذا[٥] كان ذلك الاسم يقع عليها بواحدة لم يلزمه أكثر منها. وأما بعد البناء فتلزمه الثلاث؛ لأنها بها تحرم إلا على القول أنها تصح بواحدة بائنة، وإن لم يكن معها فداء. وذهب عبد العزيز إلى أن المطلقة تحرم حتى يحدث رجعة، وكذلك قال في التمليك والتخيير، وفي قوله: حبلك على غاربك يقول: إنها قد

---

(١) قوله: (فقوله) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (فما).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٩، وتهذيب المدونة: ٢/ ٣٠١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٦.

(٥) في (ح): (وإنما).

ملكت نفسها وحرمت بالطلاق والرجعة أمر[١] يحدث بعد وقاسه على قوله: طلقتك أو طلقت مني، وقد كان القياس إذا قال: طلقت مني ألا[٢] رجعة له فيها[٣]؛ لأنَّ ما طلق من الإنسان لا شيء في يده[٤] منه، وإمساكها خلاف ما أعطاها وكذلك قوله فارقتك يجعل الله ﷻ الرجعة نعمة منه لما علم مما يدرك العباد من الندم بعد الطلاق.

وأرى إذا أتى مستفتياً[٥] وقال: أردت واحدة ألا يلزمه غيرها، وكان الزائد لفظاً بغير نية وعكسه لو أراد أن يقول: أنت حرام فقال: أنت طالق، يختلف هل يلزمه ما نوى/ أو ما نطق به؟ وقد قال ابن القاسم فيمن أراد أن يقول: أنت طالق، فقال: ادخلي الدار فقد عوفي، فجعل الأمر إلى ما نطق به دون ما نوى[٦]، فكذلك لو أراد أن يقول: أنت طالق، فقال: أنت حرام.

(ب) ٣٣٦/أ

واختلف فيمن قال لزوجته قبل أن يبني بها: إن كلمتُ فلاناً فأنت عليَّ حرام ثم كلمه بعد البناء، فقال سحنون في كتاب ابنه: إن كانت عليه بينة لم ينو[٧]؛ لأنها يوم الحنث ممن لا ينوى فيها.

---

(١) في (ح) و(ق١٠): (أم).

(٢) في (ح): (لا).

(٣) قوله: (فيها) ساقط من (ب).

(٤) في (ح): (يديه).

(٥) من هنا يبدأ السقط في (ق١٠) حتى قوله (فروى أشهب عنه في مختصر ما ليس في المختصر).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٩٤، ونص النوادر: (وفي كتاب ابن سحنون: قال أشهب: ومن قال لغير مدخول بها: أنت طالق بائن، أو قال: طلقة بائنة إن كلمت فلانا، فبنى بها ثم كلمه: إنه يحنث بالبتات. ولا ينفعه إن قال: نويت واحدة، وإنما ينظر إليه يوم حنث فيؤخذ بلفظه).

قال[١]: وقال بعض أصحابنا إن علم ذلك منه قبل البناء لم يلزمه إلا طلقة وله الرجعة[٢]. وهذا أبين ولأنه يوم حلف كان ممن ينوى ولا يلزمه الآن أكثر مما كان يلزمه يوم عقد اليمين كانت عليه بينة أو لم تكن، وإن قال: الحلال عليَّ حرام وقال: حاشيت زوجتي، صدق لأنه لم يقل: أنت.

وقال مطرف عن مالك يصدق في المحاشاة وإن كان استحلف في حق لاختلاف الناس في هذا اليمين، فإن كانت اليمين لغير ذلك لم تنفعه النية واليمين على نية الذي[٣] استحلفه[٤].

واختلف أيضاً إذا قال: كل حلال[٥] عليَّ حرام؛ فقال مالك: تدخل زوجته في ذلك إلا أن يحاشيها بقلبه[٦]، وقال أشهب: لا تنفعه المحاشاة بقلبه إلا أن يحاشيها بلسانه[٧]. والأول أحسن؛ لأن المحاشاة ما أخرج من الأول ولم يدخله الحالف في لفظه والاستثناء ما أدخل في اليمين ثم رجع فقال أصبغ: فيمن استحلف غريمه بالحلال عليه حرام فحلف وهو جاهل يظن أن الطلاق لا يدخل في ذلك: فإنه يحنث ولا ينفعه جهله وهو من ألفاظ الطلاق بمنزلة الأعجمي يحلف بالطلاق ولا يدري ما هو ولا حدوده فيلزمه[٨] ما يلزم العالم[٩].

---

(١) قوله: (قال) ساقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٧، ١٥٨.

(٣) قوله: (الذي) في (ح): (من).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩.

(٥) في (ح): (حلّ).

(٦) قوله: (بقلبه) ساقط من (ح).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٦.

(٨) قوله: (فيلزمه): في (ب): (فلزمه من ذلك).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٧.

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: أمَّا من قال: إن اليمين على نية الحالف، وكان هذان يريان أن الزوجة غير داخلة في هذا اليمين[1] فلا يلزمهما شيء إلا على القول بأن الطلاق يلزمه باللفظ من غير نية.

فصل

[فيمن قال لزوجته: ما انقلب إليَّ حرامٌ، أو ما أعيش فيه حرام وما أشبه ذلك]

وإن قال: ما انقلب إليَّ[2] من أهلي[3] حرام أو ما انقلب إليه حرام، ولم يذكر الأهل فهو طلاق، فإن قال: حاشيت الزوجة لم يصدق إذا سمى الأهل ويصدق إذا لم يسم الأهل[4].

واختلف إذا قال: ما أنقلب إليه حرام إن كنت لي امرأة أو إن لم أضربك؛ فقال ابن القاسم: لا يحنث في زوجته لأنه أخرجها من اليمين حين أوقع يمينه عليها علمنا أنه لم يردها بالتحريم وإنما أراد غيرها، وكذلك إن قال لعبده: إن لم أبعك اليوم فرقيقي أحرار فإنه يحنث في رقيقه ولا يحنث فيه، وقال أصبغ: يحنث في الزوجة وفي العبد، وإن قال: وجهي على وجهك حرام كان طلاقاً[5].

واختلف إذا قال: وجهي من وجهك حرام؛ فقال ابن القاسم في العتبية:

---

(١) قوله: (اليمين) ساقط من (ح)

(٢) في (ح): (إليه).

(٣) في (ح): (أهلٍ).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٦و١٥٧.

(٥) قوله: (وإن قال وجهي على وجهك حرام كان طلاقا) ساقطة من (ب). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٦

تحرم عليه زوجته[١]. وقال محمد بن عبد الحكم: لا شيء عليه[٢]، وذهب في ذلك إلى ما اعتاده بعض الناس في قولهم: عيني من عينك حرام، أو وجهي من وجهك حرام[٣].

يريد بذلك[٤] البغض والمباعدة، وقال محمد فيمن قال: ما أعيش فيه حرام لا[٥] شيء عليه[٦]. يريد: أن الزوجة ليست من العيش فلم تدخل في ذلك بمجرد اللفظ إلا أن ينويها[٧] فيلزمه ما يلزم من قال: أنت عليَّ حرام، وقد كان يقال: لا شيء عليه، وإن أدخلها في يمينه جهلاً أنها من العيش بمنزلة من قال: ادخلي الدار، يريد بذلك الطلاق جهلاً منه يظن أنه من ألفاظ الطلاق؛ وليس كذلك؛ لأن هذا نوى الزوجة وغلط في ظنه أنها من العيش وأوقع عليها الطلاق بقوله حرام، وهو بمنزلة من غلط في اسم زوجته فأوقع عليها الطلاق، والآخر سمَّى الزوجة، ولم ينطق بالطلاق فغلط هذا في الزوجة، وغلط الآخر في الطلاق.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٦٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٧.

(٣) قوله: (حرام) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (يريد بذلك) في (ب): (يريدون من ذلك).

(٥) في (ح): (ألا).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٧.

(٧) في (ب): (ينوينها).




باب


في الريق والكلام والشعر[١]

وإن قال: رِيقُكِ عليَّ حرام كانت طالقاً. وإن قال: بزاقك، لم يكن عليه شيء[٢].

واختلف إذا قال: كلامك أو شعرك عليَّ حرام؛ فقال سحنون: لا شيء عليه[٣]. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب تحرم عليه في الوجهين جميعاً، قال: وشعرها من محاسنها ومن خلقها حتى يزايلها قال: وكذلك ريقها[٤].

وقال أشهب في كتاب محمد: تحرم في الكلام، وقال ابن عبد الحكم لا شيء عليه بمنزلة من قال سعالك علي حرام، وقال محمد: وليس كلامها بمنزلة شيء من جسدها، قال: وقد أُمر أزواج النبي ﷺ بالحجاب وكان يُسمع كلامهن، ويُكتب عنهن الحديث[٥].

قال الشيخ رحمه الله: لا تحرم بتحريم السعال؛ لأنه ليس مما يلتذ به ولا بتحريم البصاق؛ لأنَّ البزاق[٦] يقع على ما فارق الفم فطرح، وتحرم بتحريم

---

(١) قوله: (باب في الريق والكلام والشعر) يقابله في (ب): (فصل).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٤، ١٥٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٤، ولفظ النوادر: (قال بعض أصحابنا...).

(٥) من ذلك ما أخرجه البخاري: بسنده إلى أنس بن مالك رضي الله عنه يقول: جاء ثلاث رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ يسألون عن عبادة النبي ﷺ فلما أخبروا كأنهم تقالوها... الحديث)، البخاري: ٥/ ١٩٤٩، في باب الترغيب في النكاح، من كتاب النكاح، برقم (٤٧٧٦). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٧.

(٦) قوله: (البزاق) أشار في (ب) إلى أنه في بعض النسخ (البصاق).

الريق؛ لأن ذلك إنما يقع على ما كان في الفم قبل المفارقة وهو مما يلتذ[١] به وهو رضاب، وأمَّا الكلام فإن قصد تحريم استماعه لم تحرم وإن قصد تحريم الالتذاذ به حرمت وبخاصة إذا كانت رخيمة الكلام، وكذلك / الشعر هو مما يلتذ[٢] به وبرؤيته وبلمسه فتحرم، ولا يقع بذلك عتق، وليس العتق في هذا كالطلاق، وكما لو قال: كلامك عتيق؛ لأنَّ العتق إنما[٣] يتعلق بالجسم، وبما لا يصح مفارقته، والطلاق يتعلق[٤] بتحريم ما يتلذذ به منها جملة من غير تفضيل.

(ب) ٣٣٦/ب

واختلف فيمن لاعب زوجته فأخذت بفرجه، فقال لها: خلي، فقالت: لا، فقال: هو عليك حرام، وقال: إنما أردت مثل ما يقول الرجل: أحرم عليك أن تمسيه ولم أرد تحريمها، فوقف[٥] فيها مالك وخاف أن يكون حنث، ورأى غير واحد من أهل المدينة أن زوجته حرمت عليه بذلك[٦].

---

(١) في (ح): (يتلذذ).

(٢) في (ح): (يتلذذ).

(٣) قوله: (إنما) ساقط من (ب).

(٤) في (ح): (متعلق).

(٥) في (ب): (فتوقف).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٧.

باب



فيمن قال لزوجته: أنت عليَّ كالميتة، أو حبلك على غاربك، أو قال: أنت خلية أو برية أو ما أشبه ذلك



وقال مالك فيمن قال لزوجته: أنت عليَّ كالميتة أو كالدم أو كلحم الخنزير، هي البتة وإن لم ينوِ به طلاقاً[١].

قال الشيخ رحمه الله: أنت عليَّ حرام فقط، أو أنت عليَّ حرام كالميتة سواء كل ذلك تحريم، ويجري فيه من الخلاف ما تقدم في قوله: أنت عليَّ حرام.

واختلف إذا قال: أنت خلية، أو وهبتك نفسك، أو برية، أو بائن، أو حبلك على غاربك، أو وهبتك إلى أهلك، أو رددتك إلى أهلك، أو وهبتك نفسك، أو وهبت لك نفسك، فقيل: يلزمه في أي هذه الألفاظ الثلاثُ وينوى إن قال: أردت واحدة قبل الدخول ولا ينوى بعد، وهذا هو المشهور من قول مالك وأصحابه[٢]، وقيل محمله في التي لم يدخل بها على الواحدة، وهو قول أبي مصعب ومحمد بن عبد الحكم في الحرام، وقول ربيعة[٣] وعبد الملك في الخلية والبرية والبائنة، ويلزم على قولهم مثل ذلك إذا قال: وهبتك إلى أهلك أو رددتك لأهلك أو لنفسك ألا يلزم قبل الدخول مع عدم النية إلا واحدة إلا في التي قال: أنت عليَّ كالميتة، فعلى قول عبد الملك: يلزمه قبل الدخول ثلاثة ولا ينوى، وفي مسألتين إذا قال البتة فقال مالك: لا ينوى قبل الدخول[٤]،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٧.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٨.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٣، ونص المدونة: (وقال ربيعة في البرية: إنها البتة إن كان دخل بها وإن كان لم يدخل بها فهي واحدة، قال والخلية والبائنة بمنزلة البرية).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٨.

وقال أبو الحسن ابن القصار: ينوى.

وفي قوله حبلك على غاربك فقال في المدونة: لا ينوى؛ لأنَّ هذا لا يقوله أحد وقد أبقى من الطلاق شيئاً[١]. وهذا يقتضي ألا ينوى قبل ولا بعد، وفي كتاب محمد: ينوى قبل[٢].

واختلف في هذه الجملة بعد؛ فقال أشهب في كتاب أبي الفرج في الخلية والبرية: ينوى وإن كان بنى بها[٣]، وترجح مالك[٤] مرة في هذا الأصل، فروى أشهب عنه في مختصر ما ليس في المختصر[٥] فيمن[٦] قال: أنت طالق واحدة بائنة أو بتة أو خلية أو برية وهي مدخول بها وقال: أردت واحدة لم يقبل قوله، ثم قال لي[٧]: لا تكتبه لعلي لا أثبت على هذا.

وقال محمد بن عبد الحكم في حبلك على غاربك ووهبتك لأهلك وشأنكم بها واحدة إلا أن ينوي[٨] أكثر[٩].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥١، ونص النوادر: (قال عبدالملك: وكذلك قوله فيها: حبلك على غاربك، أو قال لأهلها: شأنكم بها أو انتقلي إلى أهلك يريد الطلاق قبل البناء، يحلف إذا أراد نكاحها، أنه أراد واحدة).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٢، ونص النوادر: (وذكر أبو الفرج في كتاب رواية الأشهب، عن مالك في الخلية والبرية، أنه منوى فيها في التي بنى بها).

(٤) قوله: (مالك) ساقط من (ح).

(٥) هنا ينتهي السقط من (ق١٠).

(٦) في (ح): (إذا).

(٧) قوله: (لي) ساقط من (ق١٠).

(٨) في (ب): (ينوى).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٢، نص النوادر: (قال ابن المواز: في:خليت سبيلك فروي =

وقال عبد العزيز بن أبي سلمة في شرح ابن مزين في حبلك على غاربك: يُنَوَّى[١] وعلى أصله أنها واحدة رجعية؛ لأنه قال في الحرام والتخيير أنها واحدة رجعية[٢].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]: وأرى أن يحمل كل هؤلاء قبل الدخول مع عدم النية على واحدة؛ لأنها بالواحدة خلية وبرية وحبلها على غاربها وموهوبة ومردودة؛ وأمَّا بعد الدخول فيحمل على الثلاث؛ لأن[٤] بها تبين إلا على القول أنها تكون بائنة وإن لم يكن معها فداء[٥].

واختلف في قوله: فارقتك، فحمله مالك في كتاب محمد مرة على الثلاث قبل وبعد إلا أن ينوى واحدة، وقال أيضاً: إن لم يكن دخل فهي واحدة إلا أن ينوى أكثر وبعد الدخول ثلاث إلا أن ينوي واحدة، وقال أيضاً: هي واحدة وإن دخل إلا أن ينوي الثلاث، وقال أشهب: هي ثلاث ولا يُنوى، وقال أيضاً: هي واحدة إلا أن ينوي أكثر[٦]، والقول إنها واحدة دخل أو لم يدخل أحسن؛ لأن الفراق والطلاق واحد، ومن طلق فقد فارق، ومن فارق فقد طلق، قال الله ﷻ: ﴿ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [الطلاق:٢] ولم يأمرنا بالثلاث، وقال تعالى: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ [النساء: ١٣٠].

=

ابن القاسم ينوي ويحلف، وروى عنه ابن وهب: هي واحدة حتى يريد أكثر وبهذا أخذ ابن عبدالحكم).

(١) قوله: (ينوى) في (ق١٠): (ينوي).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٦.

(٣) قوله: (قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ) ساقط من (ح).

(٤) في (ق١٠): (لأنها).

(٥) في (ح): (فدًا).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٢.

(ب)
٣٣٧/أ

وفرق بين قوله: أنت خلية،/ وخليت سبيلك، وخليتك، فقال: إذا قال: أنت خلية هي ثلاث قبل الدخول وبعده وينوى قبل ولا ينوى بعد، وحكي عنه في خليت سبيلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن محمل قوله قبل الدخول أو بعده على الثلاث[١] وينوى إذا قال: أردت واحدة قبل وبعد مثل قوله في المدونة.

وقال أيضاً: ينوى قبل ولا ينوى بعد.

والثالث: أن محمله على واحدة قبل وبعد، قال: وإن قال: لم أرد طلاقاً فهو أشده وهي البتة.

وقال محمد في قوله خليتك وسرحتك ذلك سواء؛ هي[٢] واحدة إلا أن يقول في هذين[٣]: لم أرد طلاقاً فيكون ذلك له إذا حلف، ولا يقبل قوله في خليت سبيلك أنه[٤] لم يرد[٥] طلاقاً[٦]. وقال ابن حبيب: خليت سبيلك وخليتك وسرحتك وفارقتك سواء، هو ثلاث في المدخول بها حتى ينوي أقل فيحلف وإن لم يدخل فهي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك[٧][٨].

قال الشيخ رحمه الله: أما قوله خلية، فلأن العادة جارية أن يقال: فلانة خلية

---

(١) في (ح): (ثلاثة).

(٢) في (ق١٠): (وهي).

(٣) قوله: (إلا أن يقول في هذين) في (ب): (قال إن قال).

(٤) في (ح): (أنه قال).

(٥) قوله: (أنه لم يرد) في (ق١٠): (إذا قال لم أرد).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٣.

(٧) قوله: (من ذلك) ساقط من (ق١٠، ح).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٣.

من زوج وخلو من زوج إذا كانت لا زوج لها، وذلك بُعَيْد البينونة، وإن كانت مدخولاً بها.

وأمَّا قوله: خليت سبيلك فهي عبارة عن الطلاق والمراد طلقتك، وكذلك أرى في قوله خليتك، ولا يصدق أنه لم يرد طلاقاً، وأن يحمل في جميع ذلك قبل الدخول على واحدة، وقول ابن شهاب أنت بالسراح أنها طلقة إلا أن ينوى الثلاث[1] حسنٌ[2].

فصل

[فيمن قال لزوجته: الحقي بأهلك، أو ما أشبه ذلك]

وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب وبعضه في كتاب محمد فيمن[3] قال لزوجته في غضب أو في غير غضب: الحقي بأهلك، أو اجمعي عليك ثيابك، أو لا نكاح بيني وبينك، أو لا سبيل لي عليك، أو لا ملك لي عليك، أو لست مني بسبيل، أو اذهبي، أو لا تكوني لي بامرأة حتى تكون أمُّه امرأتَه، أو لا تحلين لي، أو احتالي لنفسك، أو أنت سائبة، أو مني عتيقة، أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام، فذلك كله سواء ليس بشيء إلا أن ينوي به الطلاق فيكون على ما نوى ويحلف، قال أصبغ: وإن نوى به الطلاق ولم ينو عدداً فهي البتة، وقال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون إذا قال: لست لي بامرأة أو يا مطلقة أو لا حاجة لي بك أو اعتزلي أو اخرجي أو تأخري أو انتقلي أو استتري أو تقنعي أو لم أتزوجك، فذلك سواء ليس بشيء إلا أن ينوى طلاقا فيكون على ما نوى

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٣.

(٣) في (ق١٠): (فمن).

ويحلف، وقال أصبغ: وإن لم ينو عدداً من الطلاق فذلك يحمل على[1] ثلاث حتى يريد واحدة[2].

قال الشيخ ﷺ: وبعض هذه الألفاظ أبين من بعض وأشدها قوله: لا سبيل لي عليك، ولا ملك لي عليك، أو لست مني بسبيل، أو أنت سائبة أو مني عتيقة، فأرى أن يحمل فيهن على الطلاق ولا يصدق أنه لم يرد بذلك طلاقاً إلا أن يأتي لذلك بوجه.

وقد قال ابن القاسم في كتاب العتق الأول: إذا قال لعبده: لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك، فإن كان ذلك ابتداء من السيد عتق العبد، وإن كان قبل ذلك كلام يستدل به[3] بأنه لم يرد العتق كان القول قوله[4]، وهذا أحسن، وكذلك الطلاق ويحمل في قوله[5] ذلك على الطلاق إلا أن يكون قبل ذلك سبب يعلم أنه لم يرد به طلاقاً.

وأما قوله: لا تكوني لي بامرأة حتى تكون أمه امرأته، فإنه يحتمل أن يريد بذلك أطلقك ولا أبقيك وقد فعلت، فيسأل ما أراد؟ فإن لم تكن له نية بقيت زوجة.

وكذلك قوله: لا تحلين لي يسأل لم كانت لا تحل له؟ فإن قال: لأني ظاهرتك أو طلقتك؛ صدق، وإن قال: لم تكن لي نية في شيء من ذلك صدق، و[6] كانت زوجة حلالاً؛ لأنها لا تحرم إلا أن يوقع تحريمها بظهار أو طلاق.

---

(١) قوله: (يحمل على) ساقط من (ق١٠).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٦٤، ١٦٥.

(٣) قوله: (به) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٤.

(٥) قوله: (في قوله) في (ق١٠): (قوله في).

(٦) قوله: (صدق و) ساقط من (ق١٠)، (ح).

وأما قوله: ليس بيني وبينك حلال ولا حرام فهو أشد، وأرى أن يحمل قوله على الطلاق؛ لأنه إنما يريد أنه لم يبق بيني وبينك شيء من الأشياء، وليس ذلك بمجرد اللفظ؛ لأن قولَه ذلك مستحيل؛ لأنه لا يجتمع أن تكون ليست بحلال ولا حرام وإنما هي على وجهين؛ حلال بالزوجية أو حرام بالطلاق.

فصل

[فيمن قال لامرأته: اعتدي]

وقال ابن القاسم فيمن قال لامرأته: اعتدي فهي طالق واحدة[1] ولا يسأل هل أراد به الطلاق؟ ويسأل كم أراد به من الطلاق؟ فإن لم تكن له نية فهي واحدة، وإن قال: اعتدي اعتدي اعتدي، فهي ثلاث إلا[2] أن يريد واحدة، وإن قال: أنت طالق واعتدي[3] كانت طلقتين إلا أن يريد[4] واحدة.

وقال في المجموعة: إذا قال: أنت طالق فاعتدي هي طلقتان إلا أن ينوي واحدة، وإن قال: أنت طالق واعتدي كانت طلقتين ولا ينوى[5].

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا قال: أنت طالق اعتدي[6] أو فاعتدي ليس إلا طلقة وهو أبين؛ لأن حقيقة قوله اعتدي لم توضع للطلاق، وإنما هو أمر بالعدة وقد جعل الله ﷻ طلاقاً وعدة، وهذا رجلٌ[7] طلق زوجته وأمرها أن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٤.

(٢) في (ق١٠) (إلى).

(٣) في (ق١٠) (فاعتدي)، وفي (ب) (اعتدي).

(٤) قوله: (يريد) في (ق١٠) (ينوي).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٤.

(٦) قوله: (اعتدي) في (ق١٠) (واعتدي)، وفي (ح): (أو اعتدي أو قال واعتدي).

(٧) قوله: (رجل) ساقط من (ق١٠).

تعتد فكان محمله في اللفظين[١] على ما وضع له إلا أن ينوي غير ذلك، وكذلك قوله فاعتدي[٢]، وإن كانت الفاء هاهنا أبين، وليس يفهم المطلق ولا يريد طلقة أخرى وليس كذلك إذا قال: اعتدي ابتداء؛ لأنه وإن كان أمر بالعدة، فلأن مفهومه أنه طلق ولا تجب عدة من غير طلاق، وذهب بعض أهل العلم فيمن قال: اعتدي اعتدي اعتدي[٣] أنها واحدة وحمل قوله الأول اعتدي على أنه طلاق، ثم كرر الأمر بالعدة وذلك لا يوجب طلاقاً.

فصل

[في الطلاق اللازم]

الطلاق اللازم ما اجتمع فيه[٤] ثلاثة؛ نية ونطق وأن يكون ذلك النطق من ألفاظ الطلاق كقوله: طلقتك أو فارقتك أو سرحتك.

واختلف إذا التزم الطلاق بالنية من غير نطق، وإذا نطق بالطلاق من غير نية/ أو كانت نيته ونطق بغير ألفاظ الطلاق الذي يقول: ادخلي الدار، يريد به الطلاق[٥][٦].

(ب) ٣٣٧/ب

وقد ذكر محمد عن مالك فيمن أجمع الطلاق بالنية من غير نطق قولين؛ وجوب الطلاق وسقوطه[٧]، فأما وجوبه فقياساً على الإيمان والكفر أنه يقع

---

(١) في (ح): (اللفظتين).

(٢) في (ب) (واعتدي).

(٣) قوله: (اعتدي اعتدي) ساقط من (ح، ق١٠)

(٤) في (ق١٠) (عليه).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٣.

(٦) من هنا يبدأ السقط في (ق١٠) حتى قوله: (له الرجعة، وقوله ذلك ساقط).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٦٢و١٦٣، ونص النوادر: (ومن كتاب ابن المواز، قال =

بالاعتقاد من غير نطق، وعلى الحب والبغض أنه يُثاب إذا أحب في الله ويأثم إذا أبغض أولياءه، وقال النبي ﷺ: «**آيَةُ الْإِيمَانِ حُبُّ الْأَنْصَارِ، وَآيَةُ الْكُفْرِ بُغْضُ الْأَنْصَارِ**»[(١)]، وأما سقوطه فلقوله ﷺ: «**إِنَّ اللهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا مَا لَمْ تَعْمَلْ أَوْ تَتَكَلَّمْ**»[(٢)].

وقال ابن القاسم فيمن قال: أنت طالق ولم يرد الطلاق، وإنما أراد من وثاق وليست في وثاق كانت طالقاً، وقال مالك فيمن قال أنت طالق فزل لسانه فقال: البتة قال: هي ثلاث فألزم الطلاق باللفظ من غير نية[(٣)].

وقال سحنون[(٤)]: لا شيء عليه في ذلك وهو أحسن؛ لقوله ﷺ: «**الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ**»[(٥)] ولأن الطلاق يتعلق به حق لآدمي وحق لله تعالى؛ فحقها أنه أعطاها نفسها، ومن أراد أن يقول لرجلٍ: بعتك عبدي فقال: وهبتك إياه لم تلزمه هبة، والحقّ لله تعالى؛ لأنها لو رضيت أن تسقط حقها فيما أعطاها؛ لم يجز ولم يتوجه الحق لله تعالى إذا زل لسانه، فقال: أنت طالق أو قال البتة، ولقول =

مالك: ومن طلق بقلبه ثلاثا مجمعا على ذلك، فلا شيء عليه. قال ابن عبدالحكم: وقد قيل: إنها تطلق عليه، وليس بشيء،قال أبو محمد: وهي رواية أشهب عن مالك في العتبية).

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ١/ ١٤، في باب علامة الإيمان حب الأنصار، من كتاب الإيمان، برقم: (١٧)، ومسلم: ١/ ٨٥، في باب الدليل على أن حب الأنصار وعلي رضي الله عنهم من الإيمان...، من كتاب الإيمان، برقم: (٧٤)، من حديث أنس رضي الله عنه.

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٢٠، في باب الطلاق في الإغلاق والكره...، من كتاب الطلاق، برقم: (٤٩٦٨)، ومسلم: ١/ ١١٦، في باب تجاوز الله عن حديث النفس...، من كتاب الإيمان، برقم: (١٢٧)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩١.

(٤) قوله: (سحنون) ساقط من (ح).

(٥) سبق تخريجه في كتاب الصيام، ص: ٧٣٢.

الله سبحانه: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] ولقول النبي ﷺ: «تَجَاوَزَ اللهُ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ...»[(١)] الحديث إلا أن يكون على الزوج في حين قوله بينة ولا يصدق أنه أخطأ.

وقال مالك وابن القاسم فيمن قال لزوجته: ادخلي الدار، يريد بذلك الطلاق أنها طالق[(٢)].

وقال أشهب: لا شيء عليه إلا أن يريد أنت طالق إذا قلت ادخلي الدار يريد أن الطلاق إنما يقع عندما أقول[(٣)] ليس بنفس اللفظ.

فصل

[في محمل قول الزوج: أنت طالق على واحدة]

محمل قول الزوج: أنت طالق؛ على واحدة.

واختلف هل يحلف أنه لم يرد أكثر؟ فقال ابن القاسم: لا يمين عليه[(٤)].

وقال مالك في كتاب المدنيين فيمن خرج لسفر، فقال لزوجته: إن لم أجئ إلى شهرٍ فأنت طالق، فجاء بعد الشهر وهي في عدتها فارتجعها فقال: لم أرد إلا واحدة، فقال مالك: يحلف.

واختلف أهل العلم إذا أراد بقوله: أنت طالق؛ الثلاث؛ فقال مالك

---

(١) صحيح، أخرجه ابن حبان: ١٦/ ٢٠٢، في باب فضل الأمة، من كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة...، برقم: (٧٢١٩)، والحاكم: ٢/ ٢١٦، برقم: (٢٨٠١)، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين. ووافقه الذهبي. من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠٣.

(٣) في (ق١٠) (يقول)، وكتب في هامش (ب): الظاهر (ما نوى).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٩.

وأصحابه هو الطلاق بلفظ ونية[١]. وقال بعضهم هو طلاق بنية. وقال مالك في كتاب محمد: إن ناساً ليقولون: إن نوى بذلك البتة ولم يسم فلا يلزمه إلا واحدة قال: وما هو عندي[٢] بالبين وإني لأكره ذلك إذا نوى البتة[٣].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: الصواب ما قاله مالك وأصحابه أن طالقاً صفة لحالها[٤] أنها صارت ذات طلاق بواحدة أو ثنتين[٥] أو ثلاث ولهذا حسن فيه الاستفهام، فيقال لمن قال: امرأتي طالق كم طلقتها ولو كان ذلك للواحدة لم يحسن فيه الاستفهام ولم يحسن قوله: أنت طالق ثلاثاً ولكن[٦] بمنزلة القائل واحدة ثلاثاً.

وقال مالك فيمن أراد أن يطلق امرأته قبل الدخول ثلاثاً، فقال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، نسقاً لزمته الثلاث[٧].

وقال إسماعيل القاضي: إن أراد بقوله أنت طالق الثلاث ثم ذكر الثانية والثالثة يريد بذلك بيان[٨] ما أراد بالأولى لزمته الثلاث، وإن أراد بقوله أنت طالق واحدة لم يلزمه ما نطق به بعد ذلك؛ لأنه أوقعه على غير زوجة.

وقال مالك فيمن أراد أن يطلق ثلاثاً فقال: أنت طالق ثم سكت لم يقع

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٢.

(٢) قوله: (عندي) ساقط من (ق١٠).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٩.

(٤) في (ق١٠) (بحالها).

(٥) في (ق١٠) (اثنين).

(٦) في (ق١٠) (ولا كان).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨٩.

(٨) قوله: (بذلك بيان) في (ب) (أن).

عليه إلا واحدة[١]. يريد: إذا كان قصده بقوله طالق طلقة وبقوله ثلاث تمام الثلاث، وإن[٢] أراد بقوله طالق الثلاث، وبقوله ثلاثاً البيان عما أراد بقوله طالق، لزمه الثلاث وإن سكت عن ذكرها.

وقال مالك فيمن قال: أنت طالق وأراد أن يقول: إن كلمت فلاناً، فلما تمَّ قوله أنت طالق بدا له في اليمين فسكت، لم يلزمه شيء[٣]. وهذا يحسن فيمن أتى مستفتياً أو فهمت عنه البينة أن ذلك قصده؛ لأن ذلك سبب المنازعة، وإن لم يتقدم لذلك ذكر لم يصدق، ولو قال: أردت إن دخلت الدار أو لا دخلت الدار إليك وقال ذلك بفور قوله صدق.

وقال مالك في كتاب محمد فيمن قال: أنت طالق البتة أنت طالق البتة إنْ أذنت لك لموضعٍ سَمَّاه كانتْ سألته الخروج إليه[٤]: هو حانث أذن لها أو لم يأذن، قال: وما هو بالبين وإن فيها لإشكالاً[٥].

قال ابن القاسم: وإنما أراد مالك أنه طلقها في الأولى بالبتة ثم ندم فاستدرك، قال ابن القاسم: وأرى أن يحلف أنه ما أراد إلا أن يسمعها اليمين ويدين، فإن لم يحلف رأيته حانثاً[٦].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٢.

(٢) في (ح) (ولو).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٢.

(٤) قوله: (الخروج إليه) في (ح): (قال).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٣٤.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ١٨٤.

فصل

[فيمن قال: أنت طالق طلاق الصلح]

واختلف فيمن قال: أنت طالق طلاق الصلح، أو طلقة بائنة، أو طلقة لا رجعة فيها، فقيل في قوله طلاق الصلح هي ثلاث؛ لأن طلاق الصلح بائن والبينونة لا تصح بواحدة إلا أن يكون معها فداء، وقيل: واحدة رجعية لأنه إنما التزم من العدد واحدة فلا يلزم أكثر منها وله الرجعة؛ لأن سقوطها إنما يكون مع الفداء أو ما[1]/ يمنع من ذلك لحق الزوجة مثل أن يطلق لعدم النفقة أو لعيب يحدث به ولا تصح الرجعة مع بقاء الوجه[2] الذي لأجله وقع الطلاق وقيل: هي[3] طلقة بائنة حسب ما نوى[4]؛ لأن الرجعة من حقه فإذا أسقط عنها حقه فيها لزمه وهو أبين.

(ب) ٣٣٨/أ

وقال مالك فيمن قال: أنت طالق طلقة بائنة: إنها تبين بثلاث[5].

وقال محمد بن عبد الحكم: أخبرني ابن وهب أو أخبرت عنه أن مالكاً سُئل عنها فقال: هي واحدة وله الرجعة، وبه أخذ ابن عبد الحكم.

وأرى أن يسأل ما أراد بقوله بائنة، فإن قال: أردت الصفة للطلاق وأنها فعلة تبين بها كانت ثلاثاً وإن قال: أردت من العدد واحدة عاد الجواب إلا ما تقدم فيمن قال: أنت طالق طلاق الصلح وقال فيمن قال: أنت طالق تطليقة ينوي لا رجعة لي عليك فيها ولا ينوي الثلاث كانت واحدة وله الرجعة.

---

(١) قوله: (أو ما) في (ح): (إنما).

(٢) في (ح): (الزوجة).

(٣) قوله: (هي) ساقط من (ب).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٠٦، والنوادر والزيادات: ٥/ ١٦٠و١٦١.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٠٦، والتفريع: ٢/ ٦.

وقوله لا رجعة لي عليك[١] ونيته باطل؛ يريد أن ذلك سواء قال ذلك قولاً أو نواه.

وقال في كتاب محمد: إذا قال: أنت طالق ولا رجعة لي عليك فله الرجعة، وقال ابن عبد الحكم: إذا قال: أنت طالق لا رجعة لي عليك كانت البتة، وإن قال: ولا رجعة لي كانت له[٢] الرجعة[٣].

قال الشيخ ﷺ: أما قوله طلقة ينوي لا رجعة لي فيها أو قال ذلك نطقاً فهو بمنزلة من قال: أنت طالق طلقة بائنة؛ لأن ذلك صفة للطلقة؛ وأما قوله لا رجعة لي عليك أو ولا رجعة لي عليك فليس بصفة للطلقة وإنما أسقط حقه في الرجعة، ولو قال: أنت طالق طلاقاً لا رجعة فيه لكانت ثلاثاً قولاً واحداً؛ لأن الطلاق يعبر به عن الواحدة والثلاث، فإذا قال: طلاق لا رجعة فيه كانت صفة للطلاق أنه ثلاث.

والظاهر من المذهب فيمن طلق زوجته واحدة ثم قال لها بعد ذلك: أسقطت عنك حقي في الرجعة أو لا رجعة لي عليك أن له الرجعة[٤]، وقوله ذلك ساقط[٥] والقياس ألا رجعة له؛ لأن الرجعة حق له على الزوجة فإذا أسقط حقه عنها لزمه كسائر الحقوق.

---

(١) قوله: (عليك) ساقط من (ح).

(٢) قوله: (كانت له) في (ح): (عليك فله).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٦١.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٢، نص المدونة: (قال: وسمعت مالكا يسأل عن رجل قال لامرأته أنت طالق تطليقة ينوي لا رجعة لي عليك فيها؟ قال مالك: إن لم يكن أراد بقوله لا رجعة لي عليك البتات يعني الثلاث فهي واحدة ويملك رجعتها، وقوله لا رجعة لي عليك ونيته باطل).

(٥) ينتهي هنا السقط من (ق١٠).

وقال ابن القاسم فيمن قال: أنت طالق أبداً: فهي البتة ويتزوجها بعد زوج إلا أن يريد كلما تزوجتك[1].

قال[2] محمد: وكذلك الذي يقول: أنت طالق كل يوم أتزوجك أبداً وإن قال: إن تزوجتك أبداً فأنت طالق لا شيء عليه إلا مرة واحدة، وإن قال: إن تزوجتك فأنت طالق أبداً كانت البتة، وإن قال: كلما تزوجتك لم تحل أبداً، ووقف محمد في قوله: أنت طالق أبداً[3].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٩.

(٢) قوله: (قال) ساقط من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٢٨.



باب جامع

واختلف فيمن باع زوجته؛ فقال مالك في المبسوط: ينكل نكالاً شديداً وتطلق عليه بواحدة[(١)]، وليس له أن يرتجعها ولا يتزوجها ولا غيرها حتى تعرف منه التوبة والصلاح مخافة إن تزوجها أو غيرها أن يبيعها، ولم يجعل بيعه لها طلاقاً.

وقال ابن نافع: هي طلقة بائنة، قال سحنون: غاب عليها[(٢)] أو لم يغب، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ في كتاب محمد: حرمت عليه كالموهوبة، قال محمد: وهذا[(٣)] أحب إلينا من قول ابن القاسم، وقال ابن القاسم في العتبية: بيعه طلاق، قال ابن وهب: وترجم إن أقرت أن المشتري أصابها طائعة وإن ادعت الإكراه لم ترجم[(٤)]. وقول مالك لا يكون البيع طلاقاً أحسن إلا أن يكون نوى ذلك؛ لأن البيع إنما يتضمن التمكين منها، ولا خلاف فيمن مكن من[(٥)] زوجته من غير بيع أن ذلك ليس بطلاق وقد يبيعها ويواطئها أن تهرب إليه أو يجعلها تثبت حريتها.

ويختلف أيضاً إذا زوجها على مثل ذلك؛ وقال ابن القاسم فيمن قال لزوجته[(٦)]: اذهبي فتزوجي فلا حاجة لي بك، أو قال لأمها: زوِّجي ابنتك فلا حاجة لي بها، فلا شيء عليه ما لم يرد بلفظه[(٧)] ذلك طلاقاً، وقاله أصبغ[(٨)]، فإن

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/ ٣٢٤، والنوادر والزيادات: ٥/ ١٥٨.

(٢) في (ب): (عنها).

(٣) في (ق١٠) (وهو).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٥٨.

(٥) قوله: (من) ساقط من (ق١٠).

(٦) قوله: (فيمن قال لزوجته) في (ق١٠): (فمن قال لامرأته).

(٧) في (ب): (بنطقه).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٦١.

هي زوجتها بعد وفاء عدتها من يوم قال ذلك بحضرتها وعلمها، فقد بانت منه[١]، ولا يقبل قوله إن قال: لم أرد طلاقاً، وقال محمد: لا يعجبني قول أصبغ إلا أن يكون الزوج يعلم أن ذلك ليس بطلاق فألزم ذلك نفسه، فأما إن ظن أن ذلك طلاق فتركها حتى اعتدت لم يضره إلا أن يتزوجها[٢] غيره أو يقول: أردت بذلك الطلاق فلزمه إلا أن تتزوج بعلمه وتسليمه، فيلزمه الطلاق ويفسخ نكاح الثاني؛ لأنه إذا لم ألزمه الطلاق ألا يتزوجها بالعدة من يوم تزوجت[٣].

وقال مالك فيمن حلف للسلطان طائعاً في أمرٍ فقال: امرأتي طالق إن كذا وكذا لأمرٍ كذب فيه وأتى مستفتياً وزعم أنه أراد امرأة كانت له قبل ذلك، وألغز على السلطان بيمينه قال: لا ينفعه ذلك[٤] وامرأته طالق[٥].

(ب) ٣٣٨/ب

قال ابن القاسم/ فيمن قال حكمة الطلاق[٦]، وله زوجة تسمى حكمة وجارية تسمى حكمة، وقال: أردت جاريتي؛ كان القول قوله إذا لم تكن عليه بينة[٧] قال: وليست كمسألة مالك لأن هذا إنما سمى حكمة والآخر قال: امرأتي، فأضاف الأمر[٨] إلى نفسه، وقول مالك: إنه حانث يحتمل أن يكون ذلك لأنه رأى أن اليمين على نية المحلوف له وأنه أطاع باليمين في أمرٍ نجا به

---

(١) قوله: (منه) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (يتزوجها) في (ق١٠، ح): (يزوجها).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٦٥، ١٦٦.

(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠.

(٦) في (ب): (طالق).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩١.

(٨) في (ح): (المرأة).

لو لم يحلف لطلبه[١] السلطان بما حلف عليه، وكان[٢] طلبه إيَّاه في حق، ولو كان في باطل وفي أمر لم يلزمه لكان مكرهاً أو لأنه رآه طلاقاً بلفظ دون نية فألزمه إياه كالذي أراد أن يقول: ادخل[٣] الدار فزلَّ لسانه فقال: امرأتي طالق، وإنما لم يصدق مع البينة؛ لأنه أتى بما لا يشبه؛ لأن الجارية لا تطلق، ولو كانتا زوجتين تسمى كل واحدة منهما حكمة لصدق، وإن كانت عليه بينة.

وقال محمد في كتاب الإقرار الثاني فيمن حلف بطلاق امرأته عائشة فحنث، فرفع أمره إلى السلطان فأقر وقال: لي امرأة أخرى تسمى عائشة غائبة والغائبة[٤] أردت، فقال: إن علم ذلك دين، وإن لم يعلم حيل بينه وبين الحاضرة وحكم بفراقها[٥] واعتدت وتزوجت سواه إن شاءت. فإن تبين بعد ذلك صدقه قبلت نيته وردت إليه التي طلقت عليه.

وقوله: تطلق عليه مع إمكان صدقه ليس بحسن وأرى أن يحال بينه وبين هذه ويكتب إلى الموضع الذي قال، فإن تبين صدقه قبل قوله[٦] وبقيت هذه[٧] زوجة، وإن تبين كذبه طلقت عليه هذه.

تَمَّ كتابُ التخييرِ والتمليكِ، وَالحَمْدُ للهِ حَقَّ حَمْدِهِ

---

(١) في (ق١٠): (لغلبه).

(٢) قوله: (عليه وكان) غير واضح في (ق١٠).

(٣) قوله: (ادخل) في (ح): (ادخلي).

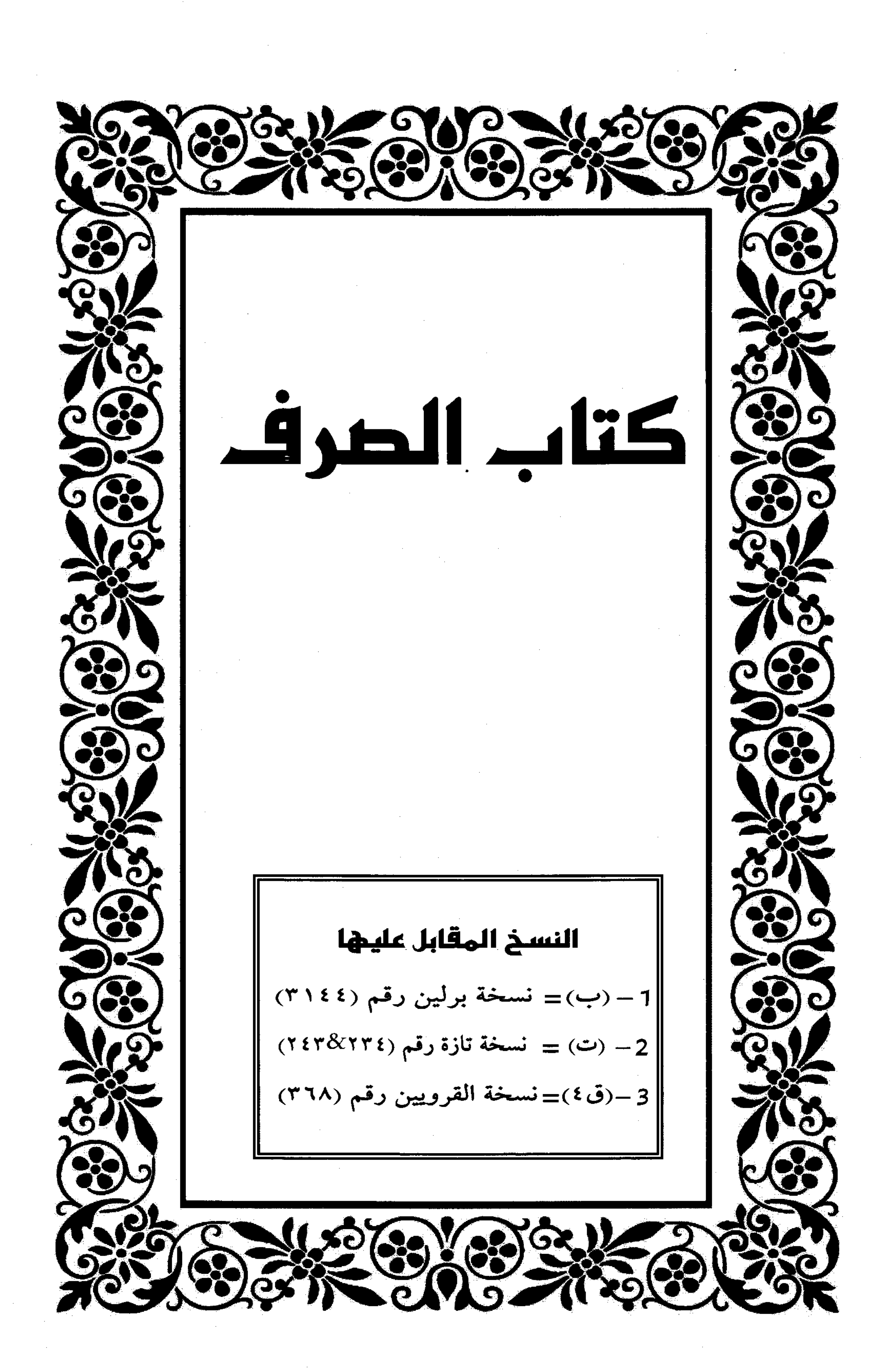
(٤) قوله: (والغائبة) في (ب): (وهي التي).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٣٨٦.

(٦) قوله: (قوله) في (ق١٠): (منه).

(٧) قوله: (هذه) في (ق١٠): (هي).





كتاب الصرف

النسخ المقابل عليها

1 – (ب)= نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤&٢٤٣)

3 –(ق٤)= نسخة القرويين رقم (٣٦٨)



وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً



كتاب الصرف



الرِّبا محرم بالقرآن، والسُّنَّة، والإجماع، فأما القرآن: فقوله عزَّ وجلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗ﴾ [آل عمران: ١٣٠]، وقوله تعالى: ﴿ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾ [البقرة: ٢٧٨]. وقوله سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن رِّبٗا لِّيَرۡبُوَاْ فِيٓ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرۡبُواْ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الروم: ٣٩].

وأخبر سبحانه أنه كان محرماً على من كان قبلنا كتحريمه علينا، فقال تعالى: ﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ﴾ [النساء: ١٦١] .

وأما السُّنَّة: فقول النبي ﷺ: «لَعَنَ اللهُ آكِلَ الرِّبا ومُوكِلَهُ وكَاتِبَهُ وَشَاهِدَيْهِ» أخرجه مسلم في صحيحه[(١)].

والأحاديث في ذلك كثيرة، ولا خلاف بين الأُمَّة في تحريم الربا في الجملة.

واختُلف في معنى قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] على ثلاثة أقوال: فقيل: المراد به ما كانت عليه أهل[(٢)] الجاهلية من فسخ الدَّيْن بالدَّيْن،

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٤٥، في باب مهر البغي والنكاح الفاسد، من كتاب الطلاق، برقم (٥٠٣٢)، ومسلم عن جابر: ٣/ ١٢١٩، في باب لعن آكل الربا ومؤكله، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٩٨).

(٢) قوله: (أهل) ساقط من (ب).



يقول المطلوب للطالب[1]: أخرني وأزيدك، فقالوا: سواء علينا أزدنا في أول البيع أو عند محلِ الأجل، فأكذبهم الله تعالى في ذلك، وهو قول **عطاء ومجاهد** وغيرهما، وجعلوا الألف واللام تعريفاً للعهد.

ويؤيد هذا القولَ[2] قولُه ﷺ: «**رِبَا الجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ، وَأَوَّلُ رِبًا أَضَعُهُ رِبَا العَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ المُطَّلِبِ، فَإِنَّهُ مَوْضُوعٌ كُلُّهُ**» أخرجه البخاري ومسلم[3].

ولم يُختلف أن اسم الربا يقع على فسخ الدَّيْن بالدَّيْن، وقيل: المراد به كلُّ بيع حرُم التفاضل فيه؛ لأن الربا في اللسان الزيادة، ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ، وَالبُرُّ بَالبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، مِثْلا بِمِثْلٍ، يَداً بِيَدٍ، فَمَنْ زَادَ أَوْ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ**». أخرجه مسلم في صحيحه من طريق عبادة بن الصامت رضي الله عنه[4].

فسمَّى رسول الله ﷺ الزيادة التي تقع في هذه الأصناف رباً، فبيَّنت السُّنَّة المراد من القرآن، وحَمْلُ قائل هذه المقالة الألف واللام في الربا لتعريف الجنس ليس للعهد. ويدخل في ذلك السلف بزيادة؛ لنهيه ﷺ عن ذلك.

وقيل: المراد به كلُ بيع محرَّم كان تحريمه من جهة الزيادة أو غيرها، وهو قول **عائشة رضي الله عنها، وعمر بن الخطاب رضي الله عنه**.

---

(١) قوله: (للطالب) ساقط من (ق٤).

(٢) قوله: (القول) ساقط من (ت).

(٣) هو حديث حجة الوداع المشهور وهو مخرج في كتاب الصلاة الأول.

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٦١، في باب بيع الذهب بالذهب، من كتاب البيوع، برقم (٢٠٦٦)، ومسلم: ٣/ ١٢١٠، في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٨٧).

قالت عائشة رضي الله عنها: «لَـمَّا نَزَلَتْ آيَةُ الرِّبَا قَامَ النَّبِيُّ ﷺ خَطِيباً، وَحَرَّمَ التِّجَارَةَ فِي الخَمْرِ». أخرجه البخاري[1].

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الكتاب: إنَّ من الربا أن تُباعَ الثمارُ وهي مُغْضِفَةٌ[2] لم تطِبْ[3].

ويشهد لقوله روايته عن النبي ﷺ أنه قال: «الذَّهبُ بالوَرِقِ رِباً إلَّا هَاءَ وَهَاءَ، والتَّمرُ بِالتَّمرِ رِباً إلا هَاءَ وَهَاءَ» وهذا حديث صحيح اجتمع عليه الموطأ والبخاري ومسلم[4]، فأوقع ﷺ اسم الربا على ما يجوز فيه التفاضل؛ لعدم المناجزة، فأبان هذا الحديث أن الربا لا يختص بالزيادة، وأن المراد به ما حرُم من البياعات.

واختلف/ في معنى قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الروم: ٣٩]. فقال بعض أهل العلم: نزلت في الهدايا يهديها الرجل للرجل ليأخذ أكثر من ذلك، ولم يزد على هذا، فيقول هذا حلال أو حرام، وقال بعضهم: ذلك جائز ولا أجر له، ولا وزر عليه.

(ب) ٣٣٩/أ

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٧٥، في باب تحريم التجارة في الخمر، من كتاب البيوع، برقم (٢١١٣)، ومسلم: ٣/ ١٢٠٦، في باب تحريم بيع الخمر، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٨٠).

(٢) في (ب): (مقطفة، ويروى: وهي معضفة). وثمرة مُغْضِفة لم يَبْدُ صَلاحُها. انظر لسان العرب: ٩/ ٢٦٧.

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٤٧.

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٥٠، في باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، من كتاب البيوع، برقم (٢٠٢٧)، ومسلم: ٣/ ١٢٠٩، في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٨٦)، ومالك: ٢/ ٦٣٦، في باب ما جاء في الصرف، من كتاب البيوع، برقم (١٣٠٨).

قال الشيخ رحمه الله: قد أوقع الله عز وجل على هذا الفعل اسم الربا، وأخبر في غير موضع من كتابه بتحريمه، والهدايا التي يقصد بها العوض والثواب مخرجها مخرج المعاوضات.

وقد اختلف قول مالك في هبة الثواب، هل مخرجها مخرج البيع، أو مخرج المعروف؟ والمشهور من قوله: إن مخرجها مخرج البيع[1].

فإذا عوَّض عن الهبة بعد الافتراق من جنسها أكثر لم يجز ذلك، كانت الهبة طعاماً مما يحرم التفاضل فيه أو لا يحرم، عرضاً أو عيناً، فيدخل[2] فيما يحرم فيه التفاضل من الطعام والعين الربا من وجهين: التفاضل والنَّساء[3]، وفيما يجوز فيه التفاضل من الطعام[4] النَّساء، وفي العروض سلف جر منفعة، وذلك رباً.

ويؤيد ذلك وجميع هذه الوجوه ما ورد في الآية من إطلاق اسم الرِّبَا.

وعلى قوله الآخر ذلك من ناحية المعروف؛ يجوز جميع ما قدمنا ذكره، وقد أجاز في كتاب محمد أن يثيب عن الذهب فضة، وعن الفضة ذهباً[5]، وذَهَبَ في ذلك إلى ما أجيز من الدينار بأوزن منه، وقرض مائة دينار بمثلها، والحوالة وإن كانت فسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ، والعرية؛ فجميع هذا أجيز على وجه المعروف، ولا يجوز على وجه المكايسة.

---

(١) انظر: المدونة ٤/ ٣٨٢.

(٢) في (ت): (فيدخله).

(٣) النَّساء: التأخير، يقال: أَنْسَأَه أَخَّره. انظر: لسان العرب، لابن منظور: ١/ ١٦٦.

(٤) قوله: (والعين الربا... من الطعام) ساقط من (ت).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٧، ٤٤٤.وعبارته غير ما للمؤلف هنا.

باب



ذكر الرِّبا في الصرف، والوجه الذي يجوز عليه الصرف

الرِّبا يدخل في الصرف إذا كان من جنس واحد - ذهباً بذهب، أو فضة بفضة - من وجهين التفاضل والنَّساء، ولا يجوز إلا مِثلاً بمثل، يداً بيد.

ويدخل في الجنسين، وهو بيع الذهب بالورق من وجه، وهو النَّساء، فيجوز متفاضلاً يداً بيد، والحكم في المصارفة بالتبر الذي لم يعمل والمسكوك، والحلي والذهب المكسور، والآنية تباع لتكسر أو لتبقى على قول من أجاز اتخاذها للجمال ولغير الاستعمال، والعين تكون ديناً في الذمة فيباع بعين من جنسه أو من غير جنسه، سواءٌ فيما يطلب من المناجزة والمماثلة.

ومن **المدونة**[1] قال **ابن القاسم** فيمن اشترى حلياً مصوغاً، فنقَد بعض ثمنه ولم ينقد بعضاً: تفسد الصفقة كلها[2].

وقال فيمن له قِبَلَ رجل مائة دينار فباعها منه بألف درهم، فنقَده تسعمائة، ثم فارقه على أن يدفع إليه المائة الباقية، قال: تُرد الدراهم، وتكون له الدنانير بحالها[3]. فأفسد جميع المصارفة؛ لأنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً.

وذكر **ابن القصّار** في ذلك قولاً آخر أنه يمضي الحلال وَيَبطل الحرام.

وهو **أبين** إذا كان الحلال نصف الصفقة فأكثر؛ لأنه لم يشتر أحدهما للآخر، فإن كان الحرام أكثر فسخ جميع العقد؛ لأنه لم يرضَ بصرف ما

---

(١) قوله: (المدونة) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٣.

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٣.

يتناجزان فيه إلا بمكان ما تأخر قبضه، وهو جُلُّ الصفقة، وهذا إذا عقد على تأخير بعض الصفقة، فإن عقد على المناجزة في الجميع فوجد معه[١] البعض، ثم افترقا على أن يأتي بها عجز، نظرت فإن كان العاجز أقل الصفقة لم يفسخ إلا بقدر ما لم يتناجزا فيه، وهذا فيما بينه وبين الله تعالى.

واختلف إذا عثر عليها في ذلك، فقال **ابن القاسم** في **المدونة**: يفسخ جميع العقد[٢]. وقال في كتاب **محمد**: لا يفسخ إلا بقدر ما[٣] عجز[٤].

وهذا هو الأصل؛ لأنه إذا عجز أقل الصفقة كان الصرف منعقداً في الحاضر، ولا خيار فيه لواحد منهما، وإذا كان ذلك؛ كان التراضي بالبقاء على المصارفة في العاجز، كصرف مبتدأ منفصل من الأول، والفسخ حماية؛ لئلا يتذرع الناس إلى الصرف المتأخر.

واختُلف فيمن صرف مائة دينار بألف درهم، فوجد معه خمسين ديناراً، ففي **كتاب محمد** يكون مشتري الدنانير فيما حضر بالخيار بين أن يتمسك به أو يرده، كالطعام يستحق بعضه[٥].

وخالف **أشهب** في الطعام، وجعل الجواب فيه كالجواب في العروض؛ ألا خيار له في رد ما لم يستحق، وعلى هذا لا يكون لهذا خيارٌ في الصرف.

وأرى أن يرجع في ذلك إلى ما يقوله أهل المعرفة، فإن قالوا: إن شراء

---

(١) في (ت): (منه).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٣.

(٣) قوله: (لم يتناجزا فيه، وهذا فيما بينه وبين الله تعالى... لا يفسخ إلا بقدر ما) ألحق بهامش (ت) وغير بين.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٤.

(٥) انظر: النوادر والزيادات ٥/ ٣٧٤.

النصف والجميع على سعر سواء -لم يكن خيار في الحاضر، وإن قالوا: ذلك يختلف وشراء الجملة أغلى أو أرخص -كان له أن يرد؛ لأنه يقول: إذا كانت الجملة أغلى لم أشتر على سعر غالٍ إلا رغبة في شراء مائة، ولو علمت أنها قليلة لم أشتر إلا بدون ذلك. وإن كان أرخص قال: حاجتي إلى مائة، فإن تكلفت شراء الخمسين التي عجزت اشتريتها غالية.

وعلى هذا يجري الجواب إذا استحق بعض الدنانير بعد المناجزة، فإن كان المستحق يسيراً كان الصرف منعقداً فيما لم يستحق، ولا خيار لواحد منهما، وإن كان أكثر الصفقة كان الخيار للمشتري يرد إن شاء، وإن كان النصف كان له أن يرد على قول **محمد**، وليس ذلك له على قول **أشهب**، وقد تقدم وجه ذلك.

(ب) ٣٣٩/ب

وإن كانت الدنانير سككاً/ مختلفة والدراهم سَكَّة واحدة، فاستحق سكة من الدنانير انتقض ما ينوبها، وإن استحق بعض الدراهم، وكان المستحق النصف -انتقض من كل سكة نصفها[1]، ولا تخص بذلك سكة دون الأخرى.

وإن بيعت خلاخل[2] فضة بدنانير، فاستحق بعض الخلاخل[3]، فإن كانت جملة عدد استحق زوج منها -انتقض الصرف في المستحق وحده؛ لأن الدارهم سكة واحدة، فإن استُحِقَّ فَرْدٌ رَدَّ المشتري صاحبَهُ معه؛ لأن استحقاق الفرد عيب على المشتري في الباقي، وإن استحق نصف الدراهم انتقض فردٌ من كل زوج من الخلاخيل، ثم كان كل واحد من المتبايعين بالخيار في الباقي بين أن يمسك بها أو يردها، فإن أحب المشتري التمسك كان للبائع أن يقوم بردِّه؛

---

(١) زاد بعده في (ب): (ورد بمقدار ما ينوبها من الدنانير سكة واحدة، وإن كان سكاكاً مختلفة رد من كل سكة بقسطها).

(٢) في (ق٤): (خلاخيل).

(٣) في (ق٤): (الخلاخيل).

لأن الاسترجاع لفرد عيب على البائع في المردود، بمنزلة لو اطلع على عيب في أحدهما؛ لم يكن له أن يرده إلا وأخوه معه.

فصل

[في أحكام الدراهم والدنانير الزائفة في الصرف]

فإن وجد أحدها[1] زائفاً، فإنه لا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يرضى به، **أو** يقوم ليردَّه فيرضيه الآخرُ بشيء يدفعه إليه على ألَّا يرده عليه، **أو** لا يرضيه فيرده ويريد أن يبدله له، **أو** ينقض الصرف. فإن أحب التمسك به جاز ذلك.

واختلف إذا قام ليرده فأرضاه البائع وتمسك به، وفي البدل فأُجِيزَ ومُنِعَ.

ولا يخلو المتصارفان من ثلاثة أوجه:

إما أن يتصارفا على معيَّنين، فيقول: أصارفك هذه الدنانير بهذه الدراهم، **أو على غير معيَّنين**، فيقول: أصارفك عشرة دنانير بمائة درهم، **أو يكون أحدهما معيناً والآخر غير معين.**

فإن كانا معيَّنين، فوجد العيب بدنانير أو بدراهم؛ قُدِّر دينار ورُدَّ، وانتقض الصرف[2]، ويجوز أن يتراضيا على البدل، ولا خلاف في[3] هذين أن الصرف منتقض بنفس الردِّ، وأن التراضي بالبدل جائز؛ لأنه لما كان معيناً لم يلزم المردود عليه أن يأتي ببدله، فانتقض الصرف[4]، وإذا انتقض الصرف كان

---

(١) قوله: (أحدها) ساقط من (ت).

(٢) في (ت): (صرف دينار).

(٣) في (ت): (بين).

(٤) زاد في (ب): (وجاز البدل).

ما تراضيا عليه الآن صرفاً مبتدأً، ولم يجز إذا لم يكن معيناً؛ لأنه يأخذ الآن ما كان عليهما أن يتناجزا فيه اليوم الأول.

وإن كان أحدهما معيناً والآخر غير معين، فقال: أصارفك هذا الدينار بعشرين درهماً، فوجد العيب بالدينار[1]، فرده -انتقض الصرف، وجاز البدل.

وإن كان العيب بالدراهم لم يجز البدل عند **مالك وابن القاسم**[2]، وأجازه **ابن شهاب، والليث، وابن وهب**[3]. وهو أقيس، إذا كانا قد اختبرا[4] ما تصارفا عليه، وقلَّباه، فما وُجد بعد ذلك فهو من باب الغلبة في الصرف إذا لم يكن دافع الزائف مدلساً، وأما ما يُحمل الناس عليه اليوم فالمنع والفسخ؛ لأن كثيراً منهم يعمل على الفساد، ويعطي على غير التغليب؛ ليبدل له بعد ذلك ما وجده زائفاً، فكان حماية هذا الباب أولى.

وإن كان الحكم ألَّا يبدل؛ لأن الصرف على معين ولم يتراضيا بالبدل[5] في دينار واحد، ووجد الآخر درهماً زائفاً -انتقض جميع الصرف إلا على قول من أجاز صرف بعض دينار، فينتقض ما ينوب الزائف خاصة، وإن كان الصرف دنانير انتقض صرف دينار. وعلى القول الآخر ينتقض بقدر ما يرد، وإن عاد شريكاً في دينار.

---

(١) في (ت): (الدنانير).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٤، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٧.

(٤) في (ب): (اختارا).

(٥) زاد في (ب): (وإن كان الصرف).

ويجري فيها قول ثالث: أنه ينتقض جميع الصرف؛ لأنهما لو عقدا الصرف على تسعة وتسعين ديناراً ونصف على أن يسلم المائة ويكون شريكاً بالنصف- لم يجز.

وإن كان يقابل الزائفُ ديناراً واحداً، ووجد العيب بدينار -انتقض صرف دينار قولاً واحداً، ويكون حكم ما قابل الزائف حكم الزائد يجده أحدهما عنده؛ لأن الحكم لو علم به قبل الافتراق أن يسقط من الصرف ما يقابله فقط ويرد الزائف، بخلاف غير المعين، فإن كان ذلك قائماً انصرف أحدهما بزائد معه.

فصل

[في أحكام الصلح والبدل في الصرف]

وإن كان الصرف على غير معين، ولم يصح البدل على قول من منعه، فإنه يختلف فيما ينتقض من الصرف إذا كان ينوب الزائف بعض دينار، على أربعة أقوال:

فقيل: ينتقض صرف دينار، وهو قول **مالك وابن القاسم**(١).

وقيل: ما قابل الزائف خاصة، وهذا بناء على القول بجواز صرف بعض دينار.

وقال **ابن القاسم في العتبية**: ينتقض الصرف كله(٢).

وقال **القاضي أبو محمد عبد الوهاب**: إن كانا سمَّيا لكل دينار دراهم

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٥.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ١٠.

انتقض صرف دينار، وإن لم يسميا انتقض جميع ذلك الصرف ورأى أنهما إذا سميا لكل دينار دراهم أن لكل دينار عقداً لا يتعلق بالآخر؛ فلا يفسد ما تناجزا فيه ببطلان غيره[١].

ويلزم على هذا أن يقال: إذا كانت صفقة جمعت حلالاً وحراماً، وسميا لكل واحد من الثمن ما ينوبه أن يمضي الحلال، ويفسخ الحرام وحده. وإن لم يرد وصالح على الزائف بعين أو عرض، فأجاز ذلك **محمد**، ومنعه **ابن شعبان**، قال: إلا أن يتفاسخا، ثم يعملا على ما يجوز، واستشهد بمسألة كتاب الصلح في الطوق، واختلف فيه على ثلاثة أقوال:

(ب ٣٤٠/أ)

فأجاز **ابن القاسم**/ أن يرضيه على شيء يدفعه نقداً ولا يرد، وأجاز **أشهب** نقداً وإلى أجل، ومنعه **سحنون** إذا افترقا لا نقداً ولا إلى أجل[٢].

وعلى هذا يجري الجواب في الدينار؛ فيجوز على قول **ابن القاسم** إذا نقد ذلك، وعلى قول **أشهب** يجوز إذا كان إلى أجل، ولا يجوز على قول **سحنون** إذا افترقا نقداً ولا إلى أجل. وأن يجوز **أحسن**، وقد مضى بيان ذلك في كتاب الصلح.

وإن وجد أحدهما عنده زائداً على ما عقدا عليه الصرف، مثل أن يصارفه على مائة دينار فيجد مائةً وديناراً، فإنه يرد الزائد؛ لأنه لم ينعقد عليه صرف، ويمضي ما سواه.

ولو تصارفا سوار ذهب بفضة وقبضه بوزن، ثم تبين أنهما غلطا في ذلك، وأن أحدهما أكثر، فإن كانت الزيادة في الدراهم رد الزائد، وصح الصرف فيما

---

(١) انظر: المعونة ٢/ ٥٢.

(٢) انظر: المنتقى، للباجي: ٦/ ٢٦٤.

سواه، وإن كان الزائد في السوار قيل لبائعه: إن تركت الفضل صح صرفكما، ولم يفسخ؛ لأن المناجزة تقدمت على أن جميعه مبيع، فإن قمت فسد الصرف، إلا على قول من أجاز صرف بعض دينار، فيجيزه ويكون شريكاً بذلك الزائد، ثم يكون كل واحد منهما بالخيار في إمضاء الصرف بعيب الشركة؛ لأنهما لم يدخلا عليها.

فصل

[في أحكام المناجزة في الصرف]

المناجزة في الصرف شرط في صحته مع القدرة عليها، ويُختلف إذا غلبا جميعاً أو أحدهما على المناجزة في جميع الصرف أو بعضه، على أربعة أقوال: هل يكون صحيحاً أو فاسداً، أو يكون الحكم إذا غلبا جميعاً بخلافه إذا كان بغلبة من أحدهما، وهل يفسد جميع الصرف إذا غلبا على بعضه أو ما غلبا عليه؟

فقال **مالك** في **كتاب محمد** في قوم اشتروا قلادة ذهبٍ ولؤلؤٍ بدراهم نقداً، وقالوا: هو ذا؛ نَزِنُ[1] لك، ففَصَلُوا القلادة وباعوا الذهب، وتقاوموا اللؤلؤ، فوضعوا فيها، فلما جاءت[2] الوضيعة وثبوا على صاحبهم وأرادوا فسخ البيع لاستئخار النقد، فقال **مالك**: لا يرد البيع لاستئخار النقد[3].

قال **ابن القاسم**: وذلك أنهم اشتروا على النقد، ولم يرضَ البائع بتأخيرهم، إنما هو رجل مغلوب؛ فأمضى **مالك وابن القاسم** الصرف وإن كانت الغلبة من أحدهما[4].

---

(١) في (ب): (يزن).

(٢) في (ت): (خافوا).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٤٥٠، ٤٥١.

(٤) انظر تفصيل المسألة في النوادر والزيادات ٥/ ٣٦٩، والبيان والتحصيل: ٦/ ٤٥٠، ٤٥١.

ويجري فيها[١] قول آخر: أنه يفسخ الصرف فيه[٢]؛ قياساً على قولهم في الزيوف: إنه لا يجوز البدل، ويفسخ جميع العقد؛ لأن كليهما مغلوب.

فإن دلَّس أحدهما بالزائف كان كغلبة المشتري للقلادة[٣]؛ فيجوز له أن يبدل كما لم يفسخ ذلك، ويفسخ الصرف في القلادة كما لم يبدل، هذا وإن كانا غلبا جميعاً على المناجزة لمانع منعهما من ذلك فُسخ، كما لو توسط بينهما في الزائف مَن قلَّب لهما، وانصرفا على المناجزة، ثم تبين غير ذلك.

ويختلف إذا غلبا على المناجزة في بعض الصرف، هل ينتقض جميع الصرف أو ما يقابل ما غلبا عليه؟ وإذا قلنا: إن الصرف منعقد مع فرار أحدهما أو غلبته، فإن ثباته من قِبَل من غلب عليه دون من اختار تأخيره، فإن دعا من غُلب إلى فسخه كان ذلك له، وإن كره الآخر.

وإن افترقا قبل تمام المناجزة لليل غشيهم فسد الصرف، وليس هذا بغلبة؛ لأنهما تعديا[٤] في العقد في ضيق من الوقت لا يسعهما للمناجزة، إلا أن يكونا عقدا في اتساع من الوقت ثم طرأ ما منع من المناجزة حتى غشيهم الليل.

والذي آخذ به في الغلبة أنه يمضي، والمعروف من القرآن والسُّنَّة أن الضرورات تنقل الأحكام. وإن عقدا صرفاً على ما يكثُر وتطولُ مناجزته جاز، وهذه ضرورة ما لم يكن مما لا يتناجزان فيه في بقية يومهم فلا يجوز، وإذا دخل الافتراق فسد.

---

(١) في (ت): (فيه).

(٢) قوله: (فيه) ساقط من (ق٤).

(٣) في (ق٤): (في القلادة).

(٤) في (ت): (تعسرا).

فصل

[في صرف الدَّين المؤجل]

ومن **المدونة** قال **مالك** فيمن عقد سَلَماً في سلعة إلى أجل بنصف دينار نقداً، فلما وجب البيع دفع المشتري إلى البائع ديناراً وأخذ دراهم صرفاً عن بقية الدينار، ولم يكن ذلك شرطاً بينهما، قال: لا خير فيه. قال **ابن القاسم**: رآه صرفاً وسلعة إلى أجل[1].

وقال في **كتاب محمد**: ومن كان يسأل رجلاً نصف دينار، فأتاه بدينار، فقضى نصفه، وجعل نصفه[2] في سلعة إلى أجل، قال: لا بأس به، قاله **ابن القاسم** بعد أن وقف عنه. قال **محمد**: ما لم يكن النصف الأول دراهم أسلفها إياه[3]، ولا نصف دينار مضروب، وأما ثمن سلعة فلا بأس، قال -وقاله **ابن القاسم**-: إن حل الأجل أو كان حالًّا، فإن لم يحل فلا خير فيه، وكان سلفاً وبيعاً، وضع وتعجل. انتهى قوله[4].

ففرق **مالك** بين السؤالين، ومنع الأول واتهمهما أن يكونا عملا على ذلك، لما كانت البيعة الأولى إلى أجل وأجراها على التهم، كبياعات الآجال، ولو سلما عنده من التهمة لجاز؛ لأنه إنما دفع النصف قضاءً، وصارف في نصف، ولا شيء عليهما فيما بينهما وبين الله سبحانه، ولو حمل النصف الذي في الذمة على أنه دراهم لما كان إنما يحكم فيه بدراهم -لم يمتنع أيضاً إذا لم يُتهما أن يكونا

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٤، ٥.

(٢) قوله: (وجعل نصفه) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (أسلفه إياها).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٨، و٣٨٩.

(ب) ٣٤٠/ب

عملا على ذلك؛ لأنه بمنزلة رجل عليه/ عشرة دراهم فاشتراها من ذمته، وعشرة أخرى يقبضها بدينار دفعه نقداً، وذلك جائز، وجاز ذلك في المسألة الأخرى؛ لأنه لا يدخلها صرف، وإنما أخذ ديناراً وأخذ سلعة[1] تقدمت، ويأخذ سلعة بعد ذلك، ووقف **ابن القاسم** فيه مرة؛ مراعاةً لمن حمل النصف المتقدم على الورق، لما كان لا يحكم الآن فيه إلا بورق؛ فيدخله ما دخل المسألة الأولى من أنه ورق وسلعة مؤجلة بدينار نقداً، وإذا كان النصف دراهم لم يجز عنده بحال؛ لأن دافع الدينار الآن اشترى به الدراهم التي في ذمته وسلعة مؤجلة بدينار نقداً.

وقد كان **بعض شيوخنا** يقول: القياس أن يجوز ذلك؛ فيجوز أن يعقدا صرفاً وبيعاً في دينار، ويدفع الدينار ويقبض الدراهم، وتبقى السلعة إلى أجل، وأجرى كل واحد منهما على حكمه في المناجزة في الصرف خاصة، وأجاز التراخي في البيع.

قال: ولا يلزم أن يتناجزا في البيع ويُردَّا فيه إلى حكم الصرف، كما لا يجوز أن يردَّ الصرف إلى حكم البيع، لـمَّا جمعهما عقد، ولم يجزه **محمد** إذا كان النصف ديناراً مضروباً مجموعاً أو تبراً، والدينار الذي يدفع الآن قائم؛ لأنه يدخله التفاضل والنَّساء، وهو ذَهَبٌ بذَهَبٍ من غير جنسه، وسلعة إلى أجل[2].

ولو باع سلعة بنصف دينار إلى أجل، فلما حلَّ الأجل دفع إليه المشتري[3] ديناراً وأخذ بقيَّته دراهم -لم يجز على قول **مالك**؛ لأن الأول بيعة إلى[4] أجل،

---

(١) قوله: (وأخذ سلعة) يقابله في (ت): (واحداً بسلعة).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٨.

(٣) قوله: (إليه المشتري) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (إلى) ساقط من (ت).

فيُتهما أن يكونا عَمِلا على ذلك؛ فيكون سلعة نقداً ودراهم إلى أجل بدينار مؤجل، ولا فرق في بياعات الآجال فيما يعودان إليه من ذلك عند عقد البيع أو بعد حلول الأجل، وعند دفع الثمن.

وقد اختُلف فيمن اشترى سلعة بعشرة دنانير إلى أجل، فلما حلَّ الأجل، قضاه عشرة، فوجد في وزنها فضلاً، فأعطاه بذلك ورقاً. فأجازه في **المدونة**[1]، وكرهه **مالك** في كتاب **محمد** في الوَرِق، قال **أشهب**: فإن نزل لم أفسخه[2]؛ واستخف ذلك مرة؛ لقلته في جملة العشرة الدنانير[3]، ولا يُجيزه في مثل ثمن المبيع الأول، وهو نصف دينار، وأجازه **ابن القاسم** في القرض، فقال فيمن استقرض نصف دينار دراهم، فقضاه ديناراً وأخذ فضله دراهم: إنه لا بأس به[4].

وضعفت التهمة عنده هنا لما كان أصله معروفاً، بخلاف ما خرج على وجه المبايعة، وقد اختُلف فيه أيضاً، وإن كان[5] قرضاً.

وإن اشترى سلعة بعينها بنصف دينار كل ذلك نقداً، فنقد ديناراً وأخذ فضله دراهم، جاز ذلك إذا كان قد قبض السلعة، ولا يجوز أن يتأخر دفعها عن وقت المصارفة في بقية الدينار، وأجازوا ذلك وإن لم تكن المصارفة، ودفع الدينار بحضرة عقد البيع، وإن دفع الدينار وترك النصف عنده على وجه السلف ولم يصارفه فيه جاز ذلك، كانت السلعة الأولى نقداً أو إلى أجل.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٤٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٩.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٠.

(٥) في (ب): (كانت).

باب



في بيع الفلوس بالفلوس وبالعين



الربا محرم في العين بالذهب والفضة، واختُلف في الفلوس إذا كانت ببلد يُتبايَع بها فيه، وتجري بينهم كالعين؛ فأجاز **مالك** مرة التفاضل فيها، وأن تسلم في العين الذهب والفضة(١)، وكره ذلك مرة(٢).

ورأى مرة أن ذلك حرام التفاضل فيها والنَّساء إذا بيعت بالعين(٣).

وهذا راجع إلى تحريم الربا في العين، هل هو شرع معلل أو غير معلل؟

فرأى مرة أنه معلل، وأن العلة أنها أثمان السلع وقيم المتلفات، وأجرى الفلوس عليها في التحريم والتفاضل(٤). وأشكل عنده ذلك مرة، فلم يحرمه ولم يبحه؛ فكرهه.

ولم يختلف قوله في الأربع التي جمعها النبي ﷺ مع العين، وهي: القمح والشعير والتمر والملح(٥)؛ أنها معللة، وأن التحريم ليس بمقصور عليها، وقاس عليها غيرها، وأجراها على حكمها في التحريم.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٢٩.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٢٤.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٥.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٥.

(٥) سبق تخريجه، ص: ٢٧٦٦.




باب

فيمن عقد صرفاً على ما في ملك غيره، وفيما يكره من التراخي في الصرف ولا يحرم، وفي المواعدة في الصرف والخيار، والصرف على التصديق

ولا يعقد المتصارفان صرفاً إلا على ما هو حاضر معهما، ثم يتناجزان بفور العقد، ولا يؤخران ذلك وإن لم يفترقا، ولا يقومان إلى موضع آخر ليتناجزا فيه.

وقال **ابن القاسم**: إذا عقدا الصرف على ما ليس معهما؛ عقدا صرف دينار بعشرين درهماً، ثم التفت أحدهما إلى إنسان إلى جانبه فاستقرض منه ديناراً، والتفت الآخر إلى من بجنبه[1] فاستقرض منه عشرين درهماً، ثم تناجزا، فلا خير فيه[2].

واختلف إذا صارف أحدهما على ما معه، واستقرض الآخر؛ فقال **ابن القاسم**: إذا كان ذلك متصلاً بمنزلة النفقة يحملها من كُمه، ولا يبعث رسولاً يأتي بها، فلا بأس به[3].

وقال **أشهب**: لا خير فيه؛ لأنكما عقدتما على ما لا يجوز من غيبة الدينار[4].

---

(١) قوله: (من بجنبه) يقابله في (ت): (ناحيته).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٦.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٣٠.

واستثقل **ابن القاسم** ذلك إذا استقرضا جميعاً، وقال: لا خير فيه[١]؛ حماية لئلا يتذرع[٢] الناس إلى التأخير في الصرف.

(ب ٣٤١/أ)

واستخف/ ذلك[٣] إذا استقرض أحدهما؛ لأنه لا يتقى من ذلك مثله إذا استقرضا جميعاً.

ولم يمنع ذلك؛ لأنه صرف على الذمم، وإنما الممنوع أن يعقدا على ما تراخى مناجزته قبل الافتراق أو بعده.

ولو أن هذين عقدا الصرف ابتداءً على ما يقرضانهما هذان، وقد رضيا لهما بذلك قبل عقد الصرف أو بعده، وقالا: إن أقرضانا أمضينا ذلك وتناجزنا في الصرف، وإن لم يقرضانا فلا صرف بيننا؛ لم يحرم[٤] ذلك، ويكره حماية.

وإن طال ما بين العقد والمناجزة بين المتصارفين إما لغيبة العينين[٥] أو لأحدهما، أو قصد التأخير مع بقاء المجلس، أو افترقا أو قاما جميعاً إلى موضع غير الذي عقدا فيه الصرف -فَسَدَ متى وقع الطول بشيء من هذه الوجوه.

واختلف إذا كان التراخي يسيراً ولم يطل، فكرهه **مالك** مرة، واستخفه أخرى، فقال في **كتاب محمد** فيمن صرف دراهم بدنانير، فقال: اذهب بها إلى الصراف فأرى وأزن، قال: أما الشيء اليسير[٦] القريب فأرجو ألا يكون به

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦.

(٢) في (ت): (يتدرج).

(٣) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٤) في (ب): كتب فوقها (يجز).

(٥) في (ب) و(ق٤): (الذهبين).

(٦) قوله: (اليسير) زيادة من (ت).

بأس[1]، قال: وهو يشبه ما لو قاما إليه جميعاً. فأجاز القيام عن المجلس إذا كان يسيراً، وعلى هذا يجوز العقد على ما هو غائب عنهما على مثل ذلك القرب[2] إذا كان في ملكه.

وقال **مالك** في **المدونة** فيمن يصرف ديناراً من الصراف ويزنه منه، فيدخله الصراف تابوته: لا يعجبني، وليترك الدينار على حاله حتى يخرج دراهمه فيزنها ثم يأخذ الدينار ويعطي الدراهم[3].

قال **محمد**: وليرد ديناره إليه، ثم يتناجزان[4].

وكل هذا حماية، ولا يفسد به الصرف. وقال ذلك **ابن وهب** في كتاب **محمد**.

وقال **مالك** في الحلي يباع في الميراث، ثم يقوم معه صاحبه -يريد: إلى الصراف ليعطيه ثمنه- قال: لا يفارقه[5].

قال **مالك**: ألا تسمع إلى قول **عمر بن الخطاب** رضي الله عنه: وإن استنظرك إلى أن

---

(١) قوله: (فأرجو ألا يكون به بأس) يقابله في (ت): (ألا يكون له تأثير)، انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٠.

(٢) في (ب): (القدر).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٦، و٣٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات ٥/ ٣٧٠.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٢١، ٢٢، بلفظ: قلت: أرأيت لو أن رجلاً هلك فباع ورثته ميراثه، فكان إذا بلغ الشيء الثمن فيمن يزيد أخذه بعضهم وكتب على نفسه الثمن، حتى يحسب ذلك عليه في حظه فبيع في الميراث حلي ذهب وفضة، أو بعض ما فيه الذهب والفضة مثل: السيف وما أشبهه والفضة أقل من الثلث فبيع ذلك واشتراه بعض الورثة وكتب على نفسه؟ قال: قال مالك: لا يباع من ذلك ما فيه الذهب والفضة إلا بنقد من الورثة أو غيرهم، ولا يكتب ذلك عليهم ولا يؤخر النقد.

يلج بيته، فلا تنظره[١]، قال: قلت: قول عمر يغيب عنه حتى[٢] يلج بيته، وهذا معه لا يفارقه، فقال: أرأيت لو سار معه ميلين؟ لا أرى ذلك حتى يعطيه مكانه، وقال: يحمل معه كيسه حتى يعطيه.

ولا يجوز اليوم لمن صرف ديناراً بدراهم أن يودعها بعد المناجزة عند الصراف؛ لأن القصد بتركها أن يبرأ من نقصها ونحاسها، وقد عُلم ذلك منهم، ومحمل قول مالك في الذي قبض من دين له طوق ذهب[٣]، فافترقا قبل قبضه الطوق: «لا خير فيه»؛ على أنه بقي فيه وجه[٤] من التوفية وزن أو غير ذلك، ولو لم يبق فيه شيء من التوفية لكانت مصيبته من مشتريه، وإيداعه جائز، بخلاف إيداع الدنانير والدراهم.

فصل

[في المواعدة والخيار في الصرف، والصرف على التصديق]

واختلف في المواعدة في الصرف وفي الخيار في الصرف، وفي الصرف على التصديق في الوزن أو الجودة.

فأما المواعدة فاختلف فيها على ثلاثة أقوال:

فقال مالك وابن القاسم: يكره ذلك[٥].

وقال أصبغ في ثمانية أبي زيد: يفسخ؛ ورآه صرفاً فاسداً، وقاسه على

(١) انظر: المدونة ٣/ ٣٠.
(٢) في (ب): (ثم).
(٣) في (ب): (طوقاً ذهباً).
(٤) قوله: (وجه) ساقط من (ت).
(٥) انظر: المدونة ٣/ ٦.

المواعدة في العدة؛ لأن كليهما مبايعة.

وقال **ابن نافع** في **السليمانية**: لا بأس به، ما سمعت أن أحداً كرهه.

وفرق بينه وبين المواعدة في العدة، **وهو أحسن**؛ لأن الوجه في منع المعتدة من النكاح خيفة أن تكون حاملاً؛ حفظاً للأنساب فمنعت من المواعدة خوف أن تسرع بالعقد في العدة، فيؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب، مع ما عُلم ممن تكون له رغبة في ذلك، ويخشى أن يُسبق إليها، وقلة تثبت النساء في ذلك أن يوقعا العقد في العدة، فحُمي باب المواعدة لذلك، وليس الصرف كذلك؛ لأنهما قادران على العقد في الحال.

ويجري الخلاف المتقدم في المواعدة في الصرف في بيع الطعام قبل قبضه، هل يجوز أو يكره أو يكون فاسداً؟

واختلف أيضاً في الخيار في الصرف:

فقال **مالك**: هو فاسد(١).

وقال في **كتاب محمد** في رجل اشترى سواري ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما إلى أهله، فإن رضوهما رجع فاستوجبهما، قال: أرجو أن يكون خفيفاً، قال **محمد**: وغير هذا من قول مالك أحب إلينا(٢).

وفي **الزاهي** عن **مالك** في الخيار في الصرف قولان: الجواز، والمنع.

وقد اختلف في هذا الأصل فيما عقد على خيار ثم أجيز؛ فقيل: يصير كأنه لم يزل منعقداً من يوم عقداه، وعلى هذا يكون الصرف فاسداً؛ وقيل: هو بمنزلة ما لم يتقدم فيه عقد إلا وقت أجيز؛ لأنه قبل ذلك على ملك بائعه

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٢٢٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٠.

مصيبته منه، وغلاته له، وعلى هذا يكون الصرف جائزاً.

واختلف في الصرف على التصديق إذا قال: بائع الدراهم هي جياد ووزنها كذا، فأراد مشتريها أن يقبلها على ذلك، فمنعه **مالك** في **كتاب محمد**، وأجازه **أشهب**(١).

وكذلك لو باع سوارين، فقال: وزنهما كذا، وأراد مشتريهما أن يقبلهما على ما قاله من غير وزن، فاختلف فيه حسبما تقدم.

(ب) ٣٤١/ب

قال الشيخ ﵁: والمنع أحسن إذا كان بائع الدراهم أو السوارين غيرَ/ مأمون، فإن كان ثقة ومن أهل الصرف جاز؛ لأنه يتقي أن يوجد الأمر على خلاف ما قال، ولا يُطلع من مثل ذلك على الرجل الصادق إلا أن يكون نادراً، والنادر لا حكم له.

وقال **أشهب** في **كتاب محمد**: إن افترقا على التصديق، فوجد زيادة أو نقصاً، فترك صاحب الفضل ما له فيه جاز ذلك(٢).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٣.

باب



فيمن بادل رجلاً دنانير بدنانير، ثم صرفها منه بدراهم، أو صارفه دنانير بدراهم، ثم باعها منه بدنانير



ومن المدونة قال مالك فيمن بادل رجلاً بدنانير تنقص خروبة خروبة بدنانير قائمة، فلما أخذ وأعطى أراد أحدهما أن يصرف منه ديناراً مما أخذ، قال: لا خير فيه(١).

فمنع ذلك خشية أن يكونا عَمِلا على ذلك، فيدخله دنانير ودراهم بدنانير. ولو ردَّ جميع ما أخذ من الدنانير بالحضرة، وأخذ دراهم - لجاز؛ لأن حكم المراطلة يسقط، وكان صرفاً صحيحاً.

ولو ردَّ جميعها بعد أن فارقه ولم يطل ما بين ذلك لكره؛ لإمكان أن يكونا عَمِلا على ذلك، فيكون صرفاً مستأخراً، وإن طال ذلك جاز.

وعكسه أن يكون الأول صرف دنانير بدراهم، ثم يرد الدنانير ويأخذ الدراهم من غير سكة دراهمه؛ فقال ابن القاسم: كره مالك ذلك، فإن كان بعد يوم أو يومين كرهه أيضاً. قال ابن القاسم: وإن تطاول ذلك فلا بأس به(٢).

قال الشيخ: أما إن رجع إليه أدنى سكة والوزن سواء، أو أدنى سكة وأقل وزناً(٣) جاز، ولا تهمة في هذا. وإن رجع إليه أجود سكة والوزن سواء، أو أجود سكة وأكثر وزناً(٤) -جاز أيضاً؛ لأنه ليس فيه تهمة على صرف، والتهمة

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٧.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ١٢.

(٣) قوله: (وأقل وزناً) يقابله في (ب): (ووزناً).

(٤) زاد بعد قوله: (وزناً) يقابله في (ب): (أو أجود سكة وأكثر وزناً).

فيه من باب سلف بزيادة، وهذا الوجه تدخل التهمة فيه في بياعات الأجل، وهذه بيعة نقد، وإنما تدخل التهمة في بيع النقد لو رجع أمرهما إلى تفاضل في الجنس الواحد أو صرف مستأخر.

فإن كانت إحداهما أجود فضة، والأخرى أجود سكة نظرت؛ فإن اختلف الوزن لم يجز ذلك في الحضرة ولا بعد يوم أو يومين، وهو رباً، وإن استوى الوزن جاز ذلك إذا لم يفترقا؛ لأن أمرهما عاد إلى المراطلة، وهما لو اعترفا أنهما عَمِلا على ذلك لجاز، وإن افترقا ولم يطل منع وفسخ، وإن طال مضى.

وقال **مالك**: لو أن رجلاً كان يسأل رجلاً ذهباً فأتاه بها فقضاه فردها إليه مكانه في طعام، أو كان لرجل على رجل ذهب، فأسلم إليه مثلها في طعام، ثم ردها إليه قضاءً من دينه: إنه لا خير فيه، وهو يشبه الصرف(١).

يريد: أنه تدخله التهمة كما تدخل الصرف، إلا أن التهمة هاهنا في فسخ الدَّيْن في الدَّيْن؛ لأن المعاملة الثانية بيع أجل، وإن نزل ذلك رُدَّ ما فعلاه أخيراً؛ فإن كان الأول قضاء فرده في سلم -فسخ السَّلَم، وإن كان الأول سَلَماً ثم قضاه -رُدَّ القضاء ومضى السَّلَم.

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٧.



باب
فيمن اشترى سيفاً مُحلًّى نصله تبعٌ لحليته



ومن **المدونة** قال **ابن القاسم** فيمن اشترى سيفاً مُحَلًّى نصله تبع لفضته[(١)] فقبضه وافترقا قبل أن يدفع ثمنه، ثم باعه مشتريه: كان بيعه فوتاً، وعليه للأول قيمته من الذهب، وإن كان بيده ولم يتغير رد البيع فيه، وإن حال سوقه فليس ذلك بفوت، وإن انقطع السيف أو انكسر الجفن كان فوتاً، وعليه قيمة حليته[(٢)].

قال الشيخ: إذا كان نصل السيف تبعاً لحليته جرى في البيع على حكم الصرف؛ فيباع بخلاف حليته يداً بيد، ولا يباع بجنس حليته يداً بيد ولا مؤجلاً، فإن فعل أو اشتراه بخلاف حليته فافترقا قبل أن ينقده -اشتراه بمثل حليته يداً بيد أو مؤجلاً- فسخ ذلك إن كان قائماً.

واختلف فيه إذا فات، وفيما يفيته:

فرأى **ابن القاسم** أن الذي يفيته البيعُ، أو تغيره في نفسه؛ بأن ينقطع السيف أو ينكسر الجفن، ولا يفيته حوالةُ الأسواق[(٣)].

وقد خولف في هذه الوجوه الثلاثة، فقال **محمد**: القياس في حوالة الأسواق أنها فوت. وذكر عن **ابن القاسم** أنه قال في الحلي يباع جزافاً بيعاً فاسداً: أن حوالة الأسواق فيه فوت[(٤)].

---

(١) في (ت): (لحليته).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٨.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٩.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧٣.

وهذا اختلاف قول من[١] ابن القاسم؛ لأنه إذا كان ذلك فوتاً في الحلي، وهو ذهب بغير عرض-كان في السيف أحرى؛ لأنه عرض وذهب، أو فضة جزاف.

وخالف سحنون فيما إذا باعه أو انكسر عنده، وقال: إذا باعه تُرَدُّ فيه البياعاتُ كلُّها حتى يُرَدَّ إلى ربِّه؛ لأنه من باب الربا إلا أن يتلف البتة/ ويذهب، فيكون على مشتريه قيمةُ الجفن والسيف[٢] ووزنُ ما فيه من الفضة.

(ب) ٣٤٢/أ

قال: وكذلك إذا انقطع السيف أو انكسر الجفن فإنما عليه قيمة النصل والجفن ووزن الفضة[٣].

وهذا أصل سحنون في كل بيع حرام مجمع على تحريمه أنه لا ينعقد فيه بيع، وأنه إن هلك بيد مشتريه من غير سببه، وله بذلك بينة -كانت مصيبته من بائعه، ولذلك[٤] لم يرَ البيع الثاني فيه فوتاً؛ لأنه عنده بمنزلة من باع ملك غيره؛ لأنه في ضمان الأول، فيكون له أن يرد البياعات كلها، وله أن يجيز البيع في أيها أحب، ويأخذ الثمن.

وإن بان به مشتريه لم يكن على المشتري الأول الذي اشتراه شراءً فاسداً إلا الثمن الذي باعه به؛ كالمستحق يبيعه مشتريه فإنه ليس عليه سوى الثمن الذي باعه به، وإن لم يوجد بيد المشتري الأول وادَّعى ضياعه ولا بينة له على ذلك -

---

(١) قوله: (اختلاف قول من) يقابله في (ت): (خلاف قول).

(٢) في (ق٤): (النصل).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٨.

(٤) في (ت): (وكذلك).

ضمن قيمة النصل والجفن، ووزن الحلية مصوغاً؛ لأنها صياغة عُملت بوجه جائز، وهذا هو أحد قولي **مالك** أنه يقضى في الصياغة بالمثل، ولو كانت الحلية موجودة وعلم أن فساد الصياغة من غير سببه سلمها بحالها، ولا شيء عليه في ذلك.




باب
في الوكالة والحمالة والحوالة في الصرف

وإذا عقد الرجلان صرفاً لم يكن لأحدهما أن يُدخل في ذلك وكالة ولا حمالة ولا حوالة.

قال **مالك** في **المدونة** فيمن صرف ديناراً بعشرين درهماً، فقبض عشرة، وقال له: ادفع العشرة الأخرى إلى هذا الرجل: قال لا يعجبني ذلك حتى يقبضها هو منه، ثم يدفعها إلى من أحب[(١)].

وقال فيمن صارف رجلاً، ثم وكل أحدهما من يدفع عنه ويقبض له، وقام هو وذهب: لا خير فيه؛ قال: ولا أحب لرجل أن يصرف ويوكل من يقبض له، ولكن يوكل من يصرف له ويقبض[(٢)].

وقال **أشهب** و**ابن نافع** في **المجموعة** عن **مالك**: لا يجوز. وقال في **كتاب محمد**: لا أحب ذلك، ولا يعجبني[(٣)].

وقال ابن القاسم[(٤)] في **كتاب محمد**: ولو أن رجلين أتيا بدينار أو بدراهم[(٥)] فصرفاها بدينار واحد بينهما، فوكل أحدهما صاحبه بقبضه وانقلب -كان ذلك جائزاً، والحلي كذلك لا بأس أن يوكل أحدهما صاحبه أن يشتري نقرة فضة بذهب بينهما، وينقلب بها أحدهما[(٦)].

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٩.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٩.

(٣) قوله: (ويقبض... ولا يعجبني) ساقط من (ت). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٠.

(٤) قوله: (ابن القاسم) زيادة من (ب).

(٥) قوله: (بدينار أو بدراهم) يقابله في (ت): (بدنانير دراهم).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٢، وانظر مسألة النقرة في: البيان والتحصيل: ٦/ ٤٥٥.

ومحمل قوله: «لا أحب ذلك، ولا يعجبني» أنه على الكراهة، وليس على الوجوب، ولا يفسد به الصرف؛ لأن الوكالة فيمن يقوم مقامه في الدفع والقبض مع حضوره لا يفسد به[(١)] الصرف.

وإذا لم يفسد قبل الافتراق لم يفسد بعده[(٢)]؛ لأنه لا يخلو قول النبي ﷺ: «إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»[(٣)] أن يكون المراد به أن يكون[(٤)] المُصرِف هو الدافع وهو القابض، فيكون فعل الوكيل قبل الافتراق فاسداً.

أو يكون المراد: أن يكون التقابض معاً؛ كانت اليد المصرفة هي الدافعة أو غيرها، فتجوز الوكالة إذا فعل الوكيل بالحضرة ما كان يفعله الموكل قبل الافتراق.

وأما الحوالة بما يقع عليه الصرف ففاسدة؛ لأن معنى الحوالة أن تبرئني[(٥)] من دَيْنك بما لي قِبَلَ الصيرفي.

وأما الحمالة فهي على ثلاثة أوجه:

فإن كانت بما يحضره أحدهما كان الصرف فاسداً، وإن كانت بما يستحق مما يتناجزان فيه الآن، فيغرم الحميل[(٦)] العوض عن المستحق -جاز ذلك، وإن كان ليغرم مثل المستحق جرى على الخلاف في البدل.

---

(١) قوله: (به) ساقط من (ق٤).

(٢) في (ب): (بَعْدُ).

(٣) سبق تخريجه، ص: ٢٧٦٧.

(٤) قوله: (يكون) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (أن تبرئني) يقابله في (ت): (أني بريء).

(٦) زاد بعده في (ب): (مثل).

باب



فيمن له على رجل دراهم فوكله على أن يصرفها له بدنانير، وكيف إن وكل الذي عليه الدَّيْن الذي له الدَّيْن فدفع إليه عرضاً أو دنانير ليبيعها وليصرفها، ويأخذ دراهمه منها



ومن المدونة قال مالك فيمن له على رجل دراهم، فقال له: صَرِّفها لي بدنانير وجئني بها: أنه[1] لا خير فيه. قال ابن القاسم: كره ذلك؛ لأنه يتهم أنه إنما ترك له الدراهم يوماً أو يومين على أن يعطيه كذا وكذا ديناراً، أو يكون تأخيره[2] ليشتري بها فيَدْخُلُهُ فسخُ الدَّيْن في الدَّيْن، والصرف المستأخر، فإن فعل وصرفها ببينة كان ما صرفت به للآمر[3].

ويختلف إذا لم تكن له[4] بينة؛ فعلى قول ابن القاسم يكون ما صرفت به للمأمور، وعلى قول أشهب يكون للآمر[5].

وقد اختلفا فيمن كان له على رجل دَيْن فقال له: اعمل به قراضاً، فأتى بعد ذلك بربح، فقال ابن القاسم: الربح للعامل، وقال أشهب: الربح بينهما على ما اشترطا[6].

---

(١) قوله: (أنه) زيادة من (ق٤).

(٢) في (ت): (يؤخره).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٩و ١٠.

(٤) قوله: (له) ساقط من (ق٤).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧١.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٢٤٥.

وأرى أن تكون الدنانير للآمر؛ لأن التهمة في ذلك ليست بالبينة، والمنع في ذلك ابتداء حماية، فإن فعل وأتى بدنانير لم أَحُلْ بين المقر له بها وبينها[1] من غير دليل تهمة.

وإن كانت الوكالة من المطلوب ودفع إلى الطالب عرضاً ليبيعه له بدارهم ويستوفيها لنفسه - جاز إذا كان العرض الثاني من غير جنس المبيع أولاً، وإن كان من جنسه وهو أدنى صفة أو أقل عدداً جاز، وإن كان أجود أو أكثر عدداً لم يجز/ ، ويتهمان على سلف بزيادة إذا كانت البيعة الأولى بيعة أجل، ولو كان البيع الأول نقداً لجاز على المستحسن من المذهب.

(ب) ٣٤٢/ب

واختُلف إذا أعطاه دنانير ليصرفها له، ويستوفي دراهمه من ثمنها؛ فقال **مالك**: لا يعجبني ذلك، وأخاف أن يحبس الدنانير لنفسه. قال **ابن القاسم**: استثقله **مالك** وكرهه[2].

وقال **مالك** في سماع **أبي قرة**: لا بأس أن يدفع الرجل إلى الرجل الدنانير ويقول له: صَرِّفها وخذ حقك منها لدراهم يسأله إياها.

وقال في كتاب **محمد** فيمن كان له على رجل نصف دينار فأعطاه ديناراً، فقال له: صَرِّفه واستوفِ نصفه وجئني بنصفه: لا بأس به، وقد كان قال: لا خير فيه[3].

فأجاز ذلك في هذه المسألة؛ لأن له ذهباً، فإذا أعطاه ديناراً كانا شريكين فيه من الآن، ومنعه[4] لما قيل إن النصف الذي في الذمة دراهم.

---

(١) قوله: (وبينها) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ١١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٧.

(٤) قوله: (ومنعه) ساقط من (ت).

والقول: إنه ذَهَبٌ أحسن.

ولو أَسْلَم رجل لرجل[1] في طعام، فلما حلَّ الأجل قال له: بعه وجئني بثمنه، فإن فعل وكاله وباعه ببينة كان الثمن الذي أتى به للآمر، وإن كان الذي أتى به أكثر من الأول، وإن لم يكن على ذلك بينة وأتى بدراهم أو بدنانير هي أكثر من رأس المال -لم يجز ذلك؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عملا على ذلك، فيدخله في الدراهم الصرف المستأخر، وفي الدنانير السلف بزيادة، ووافق **أشهب** على هذا؛ لأن التهمة عادت إلى ما كان في أصل العقد، وهي بيعة أجل[2].

ويختلف إذا أتاه بمثل رأس المال أو أقل؛ فمنع ذلك **مالك وابن القاسم**؛ خيفة أن يكونا عملا على ذلك، فيدخله بيع الطعام قبل قبضه، وفسخ الدَّيْن في الدَّيْن[3].

ويجوز على أصل **أشهب**؛ لأن ما يفعلانه الآن يجري عنده على بياعات النقود؛ لأن العقد قد سلم من التهمة.

وإذا منعا من قبض ما أتى به؛ لأن التهمة كانت في أصل العقد كانت الدنانير والدراهم للمأمور.

واستحسن أن يشتريا بها مثل الطعام الذي كان في الذمة، فإن فضل بعد ذلك فضل تصدَّق به، ولم يُترك للمُسْلَم إليه؛ لأنه مقر أنه لا شيء له فيه، وإن لم يوفِ لم يكن عليه غير ما اشترى به قياساً على قول **ابن القاسم** في **العتبية** فيمن

---

(١) زاد في (ق ٤): (دنانيره).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١.

(٣) انظر: المدونة ٣/ ١٤٠.

كان له على رجل دَيْنٌ، فقال له: اشترِ لي به سلعة، فقال: اشتريتها وضاعت، فقال: القول قوله[١].

وإذا برئت ذمة هذا بقوله: اشتريت؛ برئ الآخر من النقص.

وإن كانت الوكالة من المُسْلَم إليه؛ فإن اشترى ذلك ببينة كان المُشتَرَى لمن له السَّلَم، وإن لم تكن له بينة، وكان الذي أخذه من الغريم ليشتري به أكثر من رأس المال -لم يجز، وكان على القابض أن يرد مثل ما أخذ من الدنانير، ويكون الطعام مشترى له.

وإن كان الذي أخذ مثل رأس المال جازت الوكالة، ولم يكن هاهنا تهمة؛ لأنهما لو شاءا لجعلا ذلك إقالة، وأخذها لنفسه، بخلاف أن تكون الوكالة من الذي له الدين، فيأتيه المُسْلَم إليه بمثل رأس المال، فإنه يمنع؛ خيفة أن يكونا عملا على ذلك، فتكون إقالة مستأخرة.

واختُلف إذا كان الذي أخذ الطالب دون رأس المال:

فمنعه **ابن القاسم**؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عملا على ذلك، فتكون إقالة على أقل من رأس المال[٢].

وأجازه **أشهب** في كتاب **محمد**؛ لأن التهمة ليست في أصل العقد، وإنما هي فيما يفعلانه الآن، فيرده إلى بياعات النقود[٣].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٤/ ١٤٥، بلفظ: وسئل مالك عمن أتى رجلاً فقال له إن لي عليك عشرة دنانير من ثمن سلعة بعتكها، فقال الرجل لا، ولكن لك عندي عشرة دنانير وديعة استودعتنيها فضاعت، القول قول من زعم أنها وديعة، ويحلف أنها ما كانت إلا وديعة، وأنها قد ضاعت، ولا شيء عليه.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ١١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١.

ومثله لو أعطاه مثل رأس المال فرد الطالب بعضه، وقال: فضل هذا بعد ما اشتريت، لم يجز على قول **ابن القاسم**.

وجاز على قول **أشهب**، وإن قال: بقيتْ عليك بقية لم يجز على قوليهما جميعاً.

فصل

[في الصرف والمقاصة فيه]

وقال **ابن القاسم** في **المدونة** في صيرفي له على رجل دينار فأتاه المطلوب بعشرين درهماً صرف بها منه ديناراً، فلما وجب الصرف أحب الصيرفي أن يحبس الدينار عن ديناره وأبى الآخر، قال: إذا تناكرا لم يكن ذلك له، وكان عليه أن يدفع الدينار، ثم يتبعه[1].

وقال **أشهب** في **كتاب محمد**: ذلك للصيرفي أن يحبسه عن ديناره على ما أحب الآخر أو كره.

فجعل له أن يحبسه عن ديناره؛ لأنه الحُكْم لو رفع ذلك إلى حاكم أن يجعل له أن يحبسه عن ديناره.

وكذلك لو كان على المطلوب غرماء لكان له أن يحبسه إذا كان قائم الوجه لم يفلس؛ لأنه لو قام به إلى الحاكم لقضى له بحقه إذا لم يقم بقية الغرماء بتفليسه، وليس في كلام **ابن القاسم** ما يرد قول **أشهب**، وقد يحمل قوله: «إذا تناكرا» أن المطلوب أنكر أن يكون له عليه دينار.

واختُلف إذا صارفه على أن لا يستوفي ديناره هذا منه؛ فقيل: ذلك جائز،

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ١٠.

وله حبسه وشرطه باطل. وقيل: ليس له أن يحبسه من ديناره، ويدفعه، ثم يقوم بحقه حسبما شرط.

وقيل: ذلك فاسد؛ لأنه صرف على تأخير حق.

وليس هذا القول بالبين؛ لأنه لم يشترط أن يؤخره بالحق الأول، وإنما شرط أنه لا يقبض دينه من هذا الدينار، فيقال له: ادفعه وقم بحقك.

فصل

[فيما يجوز من صرف الدَّيْن أو شراء عرض به]

ومن استقرض من رجل دراهم على الحلول، ثم صرفها منه بدنانير -لم يصلح ذلك؛ لأنهما يُتَّهَمَان أن يكونا عملا على ذلك وجعلا ذكر هذا القرض محلاً[1].

(ب) ٣٤٣/أ

فإن اشترى منه بها سلعة معينة أو أسلمها/ في عرض جاز ذلك، ولا يؤخر قضاء القرض إذا أعادها إليه في سلم، فيدخلهُ تأخير رأس مال السَّلَم والدَّيْن بالدَّيْن، وإن كان القرض إلى أجل، ثم اشترى منه به سلعة نقداً جاز ذلك، ويكون بمنزلة من اشترى سلعة بعينها بثمن إلى أجل، فإن أعادها إليه في سلم لم يجز، وكان الدَّيْن بالدَّيْن، وإن كان القرض عوضاً إلى أجل فباعه منه بثمن نقداً جاز، ولا يجوز إلى أجل، فيدخله الدَّيْن بالدَّيْن، وإن كان القرض على الحلول، فباعه منه بثمن نقداً أو إلى أجل لم يجز إلا على قول[2] من أجاز السَّلَم على الحلول.

---

(١) في (ب): (محللاً).

(٢) قوله: (قول) ساقط من (ت).

باب



في الصرف من النصراني والسَّيِّد من عبده

ومن **المدونة** قلت[١]: أرأيت عبْداً لي صيرفيّاً نصرانيّاً، أيجوز لي أن أصارفه؟ قال: نعم، وعبدك وغيره من الناس سواء[٢].

قال الشيخ: الرِّبا بين المسلم والنصراني محرم، كما يحرم بين المسلمين، وكذلك إذا كان المسلم غير بالغ والكافر بالغاً فذلك حرام؛ لأن الإجازة إلى ولي الصغير فكان العقد منه، ولو لم يكن له ولي ولم ينظر في ذلك حتى بلغ وصار الأمر إليه لفسخ، **وفيه نظر**.

وقال **مالك:** أكره أن يكون النصراني في أسواق المسلمين؛ لاستحلالهم الربا وعملهم به[٣]، وأرى أن يقاموا من أسواق المسلمين[٤].

قال الشيخ: قد تغير أمر الناس اليوم، وكثر العمل بالرِّبا من غير النصارى[٥]، وإذا كان ذلك، وكان[٦] رجلان يعملان بالربا أحدهما مسلم والآخر نصراني - كان الصرف من النصراني **أحسن**؛ لأنه غير مخاطب بتحريم الربا على الصحيح من المذهب، ولأنه لو[٧] أسلم لحل له ما في يديه كان ذلك عن رباً أو ثمن خمر[٨]، ولو تاب المسلم لم يحل له إمساك ما في يديه من ذلك.

---

(١) في (ت): (قال).
(٢) انظر: المدونة ٣/ ١٢.
(٣) زاد في (ت): (وقد نهوا عنه).
(٤) انظر: المدونة ٣/ ١٢.
(٥) قوله: (غير النصارى) يقابله في (ت): (النصارى وغيرهم).
(٦) في (ب): (كانا).
(٧) قوله: (ولأنه لو) يقابله في (ت): (ولو أنه).
(٨) زاد في (ق ٤): (أو ثمن خنزير أو بيع.... لأنه حل لهم إذا أسلموا).

فصل

[حكم الربا بين السيد وعبده]

اختُلف في الربا بين السيد وعبده؛ فمنعه **ابن القاسم** هاهنا[١].

وقال **ابن وهب**: لا بأس به.

والاختلاف في ذلك راجع إلى مبايعته إياه، هل هي مبايعة في الحقيقة، أو انتزاع مال[٢] من السيد، ويكون العِوَض[٣] المأخوذ عن ذلك البيع كالهبة؟

وقال **ابن القاسم** فيمن أعتق عبده على عبد في يديه: إن ذلك[٤] انتزاع، ولا رجوع للسيد على العبد متى استحق ذلك من يده أو اطلع فيه على عيب[٥].

وقال في العبد يكاتب سيده على رهن: إنه ليس برهن، ولا مقال للعبد فيه متى فلس أو مات، قال: وإنما هو انتزاع من السيد بمنزلة ما لو أنه كاتبه على أن يسلفه العبد دنانير[٦]. ولم ير أن ذلك رباً إذا كانت الكتابة على سلف.

وقال غيره: ليس ذلك بانتزاع.

على هذا يجري[٧] الجواب إذا أخذ منه ديناراً ليدفع إليه عنه دراهم بعد

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٠٠.

(٢) قوله: (مال) ساقط من (ت).

(٣) في (ب): (القرض).

(٤) قوله: (إن ذلك) ساقط من (ت).

(٥) انظر: المدونة ٢/ ٤٩٠.

(٦) انظر: المدونة ٢/ ٤٩٠.

(٧) قوله: (يجري) ساقط من (ت).

شهر، أو باعه ديناراً بدينارين، فعلى القول: إنه انتزاع يجوز ذلك، ولا شيء للعبد متى فلس السيد، وعلى القول الثاني: إنه ليس بانتزاع، فيحرم جميع ذلك.

وهو أحسن؛ لأن العبد عندنا مالك، وإذا كان مالكاً فقال السيد: أبايعك في هذا ولا أنتزعه منك كانت مبايعة حقيقة.

وإن كان على العبد دَيْنٌ امتنع الانتزاع، وجرى في جميع ذلك على حكم[1] البياعات، ويحرم فيما بينه وبين السيد ما يحرم بينه وبين غيره ممن ليس هو له بعبد.

(١) زيادة من (ق ٤).



باب فيمن اشترى فلوساً ببعض درهم فدفع درهماً، وأخذ بقيته فضة، أو اشترى سلعة ببعض دينار، فدفع ديناراً وأخذ بقيته ذهباً



ومن اشترى من اللحَّام أو الحنَّاط، أو السقَّاط ببعض درهم، أو اشترى فلوساً ببعض درهم فدفع درهماً واحداً[(١)] وأخذ بقيته دراهم صغاراً؛ جاز ذلك له[(٢)] إذا كان الذي يرجع إليه الثلث فأقل، ولا يجوز إذا كان الذي يرجع إليه[(٣)] الأكثر الثلثين أو نحوهما.

واختُلف في النصف؛ فأجازه **مالك** و**ابن القاسم** في **المدونة**[(٤)]، ومنعه **ابن القاسم** و**أشهب** في **كتاب محمد**[(٥)].

وقال **مالك**: وكنا نحن نكرهه، ويخالفنا فيه أهل العراق.

وقد كان الأصل ألا يجوز إلا في الثلث فأقل، كما قال في الثمار في اكتراء[(٦)] الدار[(٧)].

ولم يجزه **أبو محمد عبد الوهاب** إلا فيما قلَّ وكان تافهاً، فقال: لا يجوز صرفٌ وبيعٌ إلا أن يكون يسيراً، مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم، فيعجز

---

(١) قوله(واحداً) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (له) ساقط من (ق٤).

(٣) قوله: (إليه) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة ٣/ ١٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٧.

(٦) قوله: (اكتراء) ساقط من: (ت).

(٧) انظر: المدونة ٣/ ٥١١.

الدرهم أو النصف، فيدفع إليه عرضاً بقيمته، أو يزيد الدينار أو الدرهم، وكسره غير جائز، فهاهنا يجوز للضرورة، فلم يجز ذلك في الدرهم إلا في اليسير إذا كان الدرهم لا يجوز كسره[١].

وذكر **أشهب** عن **مالك** في **كتاب محمد**: أنه كان يكرهه جملة في القليل والكثير، قال: كنا نحن نكرهه، ويخالفنا فيه **أهل العراق**، ثم خففناه؛ لأن الناس لا يطلبون به صرفاً[٢].

وقال/ في **المدونة**: لأنها نفقات لا تكاد[٣] تنقطع، ولما للناس في ذلك من المرفق وقلة غناهم عنها[٤]. (ب) ٣٤٣/ب

وقال **أشهب**: إنما يجوز ذلك عندي بالمدينة، وأما كل بلد يتعامل فيه بالفلوس، فلا يجوز[٥].

وقول مالك أحسن؛ لأنهم أجازوا ذلك وإن كانت تجوز في أيديهم الدراهم الصغار المقطعة، ويلزم أشهب ألا يجيز[٦] ذلك وإن لم تجز[٧] عندهم الفلوس؛ لأن صاحب الدرهم قادر على أن يصرفه بصغار، ثم يشتري بالصغار إن أحب، وإذا أجاز[٨] ذلك مع القدرة على أن يأخذ فيه صغاراً؛ جاز

---

(١) انظر: المعونة: ٢/ ٥٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٧.

(٣) قوله: (تكاد) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة ٣/ ٣٨٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٧.

(٦) في (ت): (يجوز).

(٧) في (ت): (تجر).

(٨) في (ت): (جاز).

- وإن كانوا يتبايعون بالفلوس- ولو كان الذي يرجع إليه فضة غير مسكوكة لم يجز.

وقال **محمد** فيمن اشترى قمْحاً بثلثي دينار فدفع ديناراً، وأخذ قطعة ذهب منقوشة: أكره ذلك(١).

وفرق بين أن يرجع ثلث الدرهم فضة وثلث الدينار ذهباً؛ لأن السعر في الدراهم الصحاح والصغار سواء، وسعر ثلث الدينار الصحيح بخلاف سعره إذا كان قطعة، فاتقى أن يكونا عملا على ذلك، فيكون ديناراً صحيحاً بقمح وقطعة ذهب، وذلك رباً، ولا شيء عليهما في ذلك فيما بينهم وبين الله سبحانه إذا لم يعملا على ذلك؛ لأن الثلثين قضاء، والثلث مراطلة بوزنه.

وقال **مالك** في **المدونة** فيمن اشترى سلعة بعشرة دنانير مجموعة، فوزنها ليقضيها؛ فكان في وزنها فضل، فأخذ في ذلك عرْضاً أو وَرِقاً: فلا بأس به(٢).

وقال **ابن القاسم وأشهب** في **كتاب محمد**: إن أخذ في الفضلة ذهباً لم يصلح، ولو كان ذلك خروبة واحدة كان ذلك من بيع أو سلف، قالا: ويدخله في البيع سلعة وذهب بذهب، وفي السلف ذهب أقامت عنده شهراً وذهب يدفعها الآن بذهب يأخذها منه. قال **أشهب**: وهو في السلف أخف، ولا بأس به في السلف ولا خير فيه من بيع(٣).

وقال **مالك**: لا يعجبني أن يعطيه في الزيادة وَرِقاً، كما لم يعجبه أن يعطيه ذهباً(٤).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٧.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٤٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٩، ٣٦٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٠، بلفظ: قال محمد: وكره مالك، في رواية أشهب أن يأخذ في الزيادة ورقاً كما كره الذهب.

قال **أشهب**: وإن نزل لم أفسخه[١].

قال **مالك**: وأما النقصان فلا بأس أن يعطيه فيه[٢] ما تراضيا عليه من شيء من الأشياء، وأن يترك النقصان على حاله[٣].

وأجازه مالك في موضع آخر في الذهب كان من بيع أو غيره، فقال فيمن كان له دينار ناقص على رجل، فأعطاه ديناراً تاماً فجعل معه قطعة ذهب حتى تم العدل: لا بأس به[٤].

وقال **ابن القاسم** في كتاب **محمد** فيمن أتى بدنانير جعفرية بعيونها فضل، فصارف بها دنانير صحاحاً نقصاً، وجعل مع الجعفرية قراضة حتى اعتدل الميزان، مثل الثلث والسدس: لا بأس به إذا لم يعين فضل عيون الجعفرية، وإن كانت القراضة قدر الدينار فلا خير فيه[٥].

فاستخفا ذلك إذا كان يسيراً في جملة الدنانير، بخلاف الدينار الواحد[٦].

والاقتضاء هاهنا أخف من مسألة **ابن القاسم** في المراطلة[٧]؛ لأنهما لا يتهمان أن يكونا عملا على ذلك في الاقتضاء لقلته، ويتهمان في المراطلة أن يكونا شرطا ذلك في أصل البيع.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٠.

(٢) قوله: (فيه) ساقط من (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٩.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٩، والبيان والتحصيل: ٦/ ٤٥٢.

(٥) انظر البيان والتحصيل: ٧/ ٤٠.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٤.

(٧) وانظر: المدونة ٣/ ٤٦، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٥٦.

باب



فيمن غصب دنانير أو خلاخل، ثم صارف المغصوب منه فيها بدراهم، أو غصب جارية، ثم اشتراها من صاحبها



ومن غصب دنانير وغاب[(١)] عليها فإنه يجوز له أن يصارف[(٢)] المغصوب منه فيها بدراهم إذا انتقدها وإن لم تحضر الدنانير؛ لأنها في ذمته بالغيبة عليها، وصرف ما في الذمة جائز.

وإن غصب خلاخل فضة لم يجز أن يصارف المغصوب منه فيها إلا أن يحضرها؛ لئلا يكون أتلفها فتلزمه قيمتها.

والقيمة فيها بالذهب والبيع بالذهب، فإن باعها بأكثر من القيمة أو أقل دخله الرِّبا وبيع الذهب بأكثر منه.

واختلف إذا غصب جارية ثم اشتراها من صاحبها؛ فقال **ابن القاسم**: أرى ذلك جائزاً إذا وصفها؛ لأنه ضامن لما أصاب الجارية قبل وجوب البيع وبعده[(٣)].

وقال **محمد**: يجوز إذا انتقد القيمة ووقف الزائد. وقال **سحنون**: لا يجوز بيعها؛ لأنه لا يدري ما باع؛ القيمة أو الجارية؛ لأنه بالخيار، فإما أغرمه القيمة، وإما أتبعها حيث كانت، فإذا اختار إغرامه القيمة وعرفوها[(٤)] جاز أن يبيع منه

---

(١) في (ت): (وغلب).

(٢) قوله: (له أن يصارف) يقابله في (ت): (أن يصارفه).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ١٣.

(٤) في (ت): (وعرفاها).

تلك القيمة ويتعجل[١].

قال الشيخ: لا يخلو أن يبيع منه الجارية بدنانير أو بدراهم أو بعرض؛ **فإن باعها بدنانير** من السكة التي الشأنَ أنها تباع بها بمثل القيمة فأقل - جاز، وإن شرط النقد.

فإن باع بأكثر من القيمة، قيل له: الأمر متردد في الجارية بين ثلاث: بين أن تكون سالمة، أو هالكة، أو حدث فيها عيب، فإن بيعت على أنها إن كانت هلكت أو حدث فيها عيب ضمنته جاز البيع إذا انتقدتَ القيمة، فإن تبين أنها كانت هلكت أو حدث بها عيب لم يكن لك سوى ما انتقدت، وإن كانت/ سالمة أخذت الفاضل، وإن بعت على أنها إن كانت هلكت ضمنت، وإن حدث فيها[٢] عيب كنت على ما تراه من التضمين أو أخذها؛ لم يجز البيع وإن لم تنتقد إلا القيمة؛ لأنها تكون تارة بيعاً إن اختار إجازة البيع، وتارة سلفاً إن اختار الرَّدَّ.

(ب) ٣٤٤/أ

وإن باع بدراهم لم يجز على أن ينتقد شيئاً؛ لأنها من غير جنس القيمة، فهو بائع حقيقة، ويجوز ذلك على غير النقد، فإن سلمت انتقدت الدراهم، وإن هلكت أغرمه القيمة من الدنانير، وإن حدث عيب كان بالخيار بين أن يضمن ويأخذ القيمة دنانير أو يأخذها معيبة، إلا أن يرضى بها المشتري معيبة؛ فيكون ذلك له، ولو أحب بيعها بدنانير على أن يرفع حكم الغصب عنه، والقيمة عشرة والبيع بخمسة عشر -لم يجز وذلك غرر؛ لأنه إنما أسقط عنه عشرة لمكان الخمسة التي زاده، فإن سلمت كان البائع قد أخذ الخمسة بالباطل، ولو علم

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٢.

(٢) قوله: (فيها) ساقط من (ق٤).

الغاصب بسلامتها لم يشترها بأكثر من عشرة، وإن هلكت كان الغاصب قد انتفع بسقوط الضمان لما أطمعه من الخمسة عند رجاء السلامة.

وعلى هذا يجري الجواب إذا باعها بعرض، وعليه تكلم **سحنون** إذا بيعت بغير الصنف الذي تُقَوَّمُ به.

وقال **ابن القاسم**: هو ضامن لما أصاب الجارية بعد البيع[1]. ولم يبين هل يضمنها بالثمن، أو بالقيمة التي كانت يوم الغصب؟ والذي يقتضيه أصله أنه يضمنها بالقيمة؛ لأنه يقول في الغائب يُشترى: مصيبته من البائع. فمن حق الغاصب على البائع التوفية، فإن هلكت قبل وصوله إليها[2] كانت عليه بالقيمة المتقدمة، وعلى القول إن مصيبة الغائب بعد العقد من المشتري تكون هذه مضمونة بالثمن.

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ١٣.

(٢) في (ق٤): (إليه).

باب



فيمن أودِع دراهم أو رهنها، ثم صارف صاحبَها فيها، أو صرفها من غيره لنفسه أو لصاحبها[١]

وقال ابن القاسم فيمن أُودِعَ دراهم أو رهنَها ثم لقي صاحبها فصرفها منه: لم يجز ذلك إلا أن يحضرها[٢].

قال في كتاب محمد: أرأيت لو قامت البينة على هلاكها أكانت تكون في ضمانه؟ إنما تكون من صاحبها[٣].

فمن هاهنا كرهه مالك، فرأى أنه بقي فيها حق التوفية حتى يصل إليها المودع ويقبضها من نفسه.

وقال أشهب في كتاب محمد: ذلك جائز في الوديعة والرهن[٤]. ورأى أنها مقبوضة ولا يحتاج إلى توفية، لما كانت تحت يده، وهو في الرهن على أصله أبين؛ لأنه يقول: هو ضامن له وإن قامت البينة على ضياعه.

وكذلك قال ابن القاسم فيمن كانت عنده وديعة فيتصدق صاحبها عليه بها، فقال: قد قبلت أن ذلك قبض، بخلاف أن تكون تحت يد غيره[٥].

وهذا الخلاف إذا صرفها ولم يذكرا[٦] رفع الضمان ولا بقاءه، فأما

---

(١) زاد في (ق٤): (واختلف فيمن أقرض... ثم صارف صاحبها).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ١٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٩.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٢.

(٥) انظر البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٠٤.

(٦) في (ت) و(ب): (يذكر).

إن شرطا[١] أنها في ضمان بائعها حتى يصل إليها المودع ويقبضها كان فاسداً قولاً واحداً.

وإن شرطا رفع الضمان وأنها من المودع بنفس الصرف كان جائزاً، ولا خلاف في هذين الوجهين، وإنما الاختلاف إذا أطلقا[٢] الأمر.

وإن صرفها المودع عنده لنفسه وهي دنانير بدراهم، ثم أتى صاحبُها فأَحبَّ أن يأخذ الدراهم التي صرفت بها لم يكن ذلك له، وإنما له مثل دنانيره.

واختُلف إذا صرفها المودَع لصاحبها فأراد صاحبها أن يجيز ذلك، فقال محمد: لا يحل ذلك وتباع الدراهم حتى يستوفي منها[٣] دنانيره، فإن كانت أكثر فله، وإن كانت أقل فعلى المتعدي[٤].

وقال **ابن القاسم** في **المنتخبة** فيمن وكَّل من يقبض له دنانير فصارفه بها، أو أخذ بها[٥] عرضاً، فقال: إن رضي رب المال جاز، وإلا فُسِخَ[٦].

وقد اختُلف في هذا الأصل في **المدونة** فيمن تحمل بدنانير فدفع عنها[٧] دراهم بغير أمر المتحمل عنه، فقيل: ذلك جائز؛ لما كان القصد من الحميل المعروف والتخفيف عن الغريم[٨].

---

(١) في (ب): (شرط).

(٢) في (ت): (أطلق).

(٣) في (ت): (منه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٨.

(٥) قوله: (بها) زيادة من (ب).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ٢٠٨.

(٧) في (ت): (عنه).

(٨) انظر: المدونة ٤/ ١٠٩، والنوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٦.

وهو أحسن في مسألة الوديعة؛ لأن المصرف منه لم يدخل على خيار، ولا يجوز في مسألة الوكيل؛ لأنهما جميعاً -الوكيل والمصرف منه- دخلا[١] على خيار صاحب الدنانير.

وقال ابن القاسم في المدونة فيمن استودع حنطة فاشترى بها تمراً[٢]، فأجاز ذلك المودِع وأراد أن يأخذ الثمن: إن ذلك له[٣].

وفرق بين الطعام والدنانير، ورأى أن الطعام تختلف فيه الأغراض، وقوله في كتاب الوديعة إذا تسلف الطعام المودَع أو خلطه بطعامه خلاف قوله هاهنا، وأجراه في كتاب الوديعة مجرى الدنانير إذا صرفها لنفسه[٤].

فعلى هذا يكون التمر للمودع، وعليه مثل القمح.

ويختلف أيضاً إذا باعه لصاحبه بتمر فأحب أن يجيز، فعلى قول محمد: يباع التمر ويُشترى به قمح، فإن فضل شيء كان لصاحب الوديعة، وإن عجز كان على المتعدي التمام. وعلى قول ابن القاسم يجوز له[٥] أن يأخذ التمر[٦].

---

(١) في (ب): (دخل).

(٢) زاد في (ب): (لنفسه).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ١٤.

(٤) انظر: المدونة ٤/ ٤٣٤.

(٥) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٥.

(ب) ٣٤٤/ب




/باب
في الصرف والبيع في عقد واحد

قال **مالك**: لا يجوز صرف وبيع، ولا نكاح وبيع، وكذلك المساقاة والجُعل والقراض والشركة؛ لا يجمع[1] عنده شيء من ذلك إلى البيع[2].

وقد اختلف في جميع ذلك، وقد تقدم في كتاب النكاح الثاني ذكر الاختلاف في النكاح والبيع، وفي كتاب الجُعْل ذكر الاختلاف في البيع والجُعْل، وفي كتاب البَيْعَتَيْن بالخيار الاختلاف في بيع بَتٍّ وخيار في عقد واحد.

ويختلف في البيع والمساقاة على مثل ذلك؛ فأما الصرف والبيع فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

فقيل: يجوز ذلك في دينار واحد، وسواء كان البيع والدراهم متكافئين ينوب كلَّ واحدٍ منهما نصفُ الدينار، أو كان أحدهما تبعاً للآخر، ولا يجوز في دينارين إذا كان الذي ينوب الصرف ديناراً، والذي ينوب البيع ديناراً، وإذا كان الصرف الأكثر أو البيع الأكثر جاز؛ لأن الصرف والبيع في دينار وما سواه صرف محض، أو بيع محض، وكذلك إذا كثرت الدنانير، وإن كان الصرف والبيع في دينار وما سواه بيع كلُّه أو صرف[3] كلُّه جاز، مثل أن يكون مائة دينار والصرف والبيع في دينار، والذي ينوب التسعة والتسعين الباقية بيع؛ لأنها عروض، أو صرف؛ لأنها دراهم، فذلك جائز، فإن كان على غير ذلك لم يجز، وهذا قول **مالك وابن القاسم**[4].

---

(١) في (ت) و(ب): (يجتمع).
(٢) انظر: المدونة ٣/ ١٧.
(٣) في (ق٤): (بيعاً كلُّه أو صرفاً).
(٤) انظر: المدونة ٣/ ١٩.

وقال **ابن القاسم** في **كتاب محمد**: إنما يجوز ذلك في أقل الدينار؛ مثل أن يشتري الثوب بثلثين أو بثلاثة أرباع دينار، فيدفع ديناراً ويأخذ فضله وَرِقاً، ولو كان الوَرِق أكثر الدينار لم يكن فيه خير[1].

وقال **أبو محمد عبد الوهاب**: لا يجوز البيع والصرف في دينار إلا أن يكون يسيراً، مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم، فيعجز الدرهم أو النصف، فيدفع إليه عرضاً بقدره، أو يزيد الدينار أو الدرهم، وكسره غير جائز، فهاهنا يجوز للضرورة؛ لأنه يعلم أن البيع غير مقصود مع ذلك في دينار[2].إلا أن يكون أحدهما يسيراً[3] مما لا تدعو الضرورة إليه.

وأجاز **أشهب** في **مدونته** الصرف والبيع[4].

و**لمالك** في **كتاب محمد** مثله في رجل باع مائة ثوب أو مائة جلد، كل ثوب أو جلد بدينار إلا ثلاثة دراهم: لا بأس به إذا كان كل ذلك نقداً[5]. فأجاز في هذه المسألة بيعاً وصرفاً؛ لأن جملة الدراهم ثلاثمائة درهم.

ولو كان من عند أحدهما دنانير وعرض، ومن عند الآخر دراهم وعرض، فإن كان العرضان يسيرين ينوبهما أقل من صرف دينار -جاز، وإن كان ينوبهما[6] صرف دينار فأكثر لم يجز على قوله في منع صرف وبيع.

وكذلك إذا كانت العروض كثيرة؛ فإن كان الذهب والفضة أقل من

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٣.

(٢) انظر المعونة: ٢/ ٥٥.

(٣) في (ت) و(ب): (كبيراً).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٤.

(٦) في (ق٤) و(ت): (ينوبه).

صرف دينار جاز، وإن كان من عند أحدهما دراهم كثيرة وعروض كثيرة، ومن عند الآخر دنانير كثيرة وعروض[١] - لم يجز ذلك - كانت العروض التي مع الدنانير كثيرة أو قليلة- فإن كانت العروض كثيرة ومعها ذهب أقل من صرف دينار جاز.

فصل
[فيمن صرف ديناراً وأخذ بالدراهم سلعة فوجد عيباً]

وإذا كان البيع والصرف في دينار واحد، وأصاب عيباً بالدينار أو بالدراهم أو بالعرض[٢] - انتقض جميع الصفقة، ولا يفترق ذلك إلا فيما يفيت العرض[٣]، فإن كان العيب بالدينار أو بالدراهم فات العرض بحوالة الأسواق، إلا أن يكون يسيراً، فلا تفيته حوالة الأسواق، وإن كان العيب بالعرض لم تفته حوالة الأسواق، وإن كان العيب بالدينار[٤] أو بالدراهم؛ لأن الدراهم جل الصفقة، فإذا ردت من يده كانت عيباً في بقية الصفقة، والعيب لا تفيته حوالة الأسواق[٥].

فإن اشترى ثوباً بنصف دينار، فدفع ديناراً وأخذ من صاحب الثوب دراهم بالحضرة، ثم وجد عيباً بالدينار؛ انتقض الصرف وبقي البيع[٦] الأول

(١) في (ت): (أو قليلة).
(٢) في (ت) و(ق٤): (العروض).
(٣) في (ت): (العروض).
(٤) في (ت) و(ب): (بالدنانير).
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٦.
(٦) قوله: (البيع) ساقط من (ب).

منعقداً بنصف دينار على حاله، وكأنه لم ينقده شيئاً.

وإن كان العيب ببعض[١] الدراهم انتقض الصرف في نصف الدينار، وبقي نصفه قصاصاً من الدَّيْن، وإن كان العيب بالسلعة انتقض جميع ذلك البيع والصرف على قول من لم يُجوِّز صرف بعض دينار.

ومن اشترى ثوباً ودراهم بدينارين فأصاب بأحدهما عيباً؛ فإن كانت السلعة الأقل، وكان العيب بها أو ببعض الدراهم، انتقض من الدراهم صرف دينار، وإن كان العيب بها ردها ورد معها من الدراهم تمام صرف دينار، وإن كان العيب ببعض الدراهم ردَّه وردَّ معه تمام صرف دينار، وبقي ما سوى ذلك منعقداً على حاله.

وإن كانت السلعة الأكثر انتقض جميع الصفقة، وسواء كان العيب بها أو ببعض الدراهم، وإن كان العيب بأحد الدينارين انتقض جميع الصفقة؛ لأن الذي يقابل الدينار نصف السلعة ونصف الدراهم، إلا على قول من أجاز صرف بعض دينار، فينتقض نصف الصفقة ويرجع في نصف الدراهم ونصف السلعة، وينقلب الخيار لمشتري السلعة؛ لأنه لم يدخل على عيب الشركة، وليس حوالة الأسواق فوتاً في السلعة[٢] إذا كان العيب بالسلعة، وذلك فوت فيها إذا كان العيب ببعض الدراهم أو بأحد الدينارين.

قال محمد: إذا كان العيب بالثوب، وفات بتلف أو بقطع؛ لم يكن له أن يرجع بقيمة العيب، ولكنه يرد قيمته ويرد مع القيمة تمام صرف دينار إن كانت السلعة

---

(١) في (ب): (بنقص).

(٢) قوله: (في السلعة) ساقط من (ق٤) و(ت).

الأقل، وإن كانت الأكثر(١) ردَّ قيمتها والدراهم، ورجع بديناره(٢).

(ب) ٣٤٥/أ

فصل/

[فيمن ابتاع سلعة ودراهم بدينار، وحصل تأخير أو تقدم في السلعة والدراهم، أو استثنى في الدراهم]

واختلف إذا بيعت سلعة ودرهم أو درهمان بدينار، فتأخَّرت السلعة والدرهمان أو أحدهما على أربعة أقوال:

فروى **ابن القاسم** عن **مالك** أنه أجاز ذلك إذا عُجِّلت السلعة وتأخر الدرهمان، ومنعه إذا عُجِّل الدرهمان(٣) وتأخرت السلعة(٤).

وروى **أشهب** عنه أنه أجاز ذلك وإن عُجل الدرهمان(٥) وأخرت السلعة، ومنعه إذا افترق الدرهمان(٦) وعُجلت السلعة والدرهم وتأخر الدينار، أو عُجل الدينار وأخرت السلعة والدرهم(٧).

وروى عنه **ابن عبد الحكم** في كتاب **محمد** أنه أجاز ذلك(٨).

ومنعه **محمد بن عبد الحكم** إذا عجلت السلعة وتأخر العينان(٩)، وقال:

---

(١) في (ب): (أكثر).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٥.

(٣) في (ب): (الذهبان).

(٤) انظر: المدونة ٣/ ١٤.

(٥) في (ب): (العينان).

(٦) في (ق٤) و(ب): (الذهبان)، وأشار الناسخ في هامشها إلى نسخة أخرى: (العينان).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٣، ٣٨٤.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٣.

(٩) في (ق ٤) و(ب): (الذهبان)، وأشار الناسخ في هامشها إلى نسخة أخرى: (العينان).

هذا حرام؛ لأنه الصرف إلى أجل والدَّيْن بالدَّيْن.

قال الشيخ: الجواب عن جميع هذه الأسئلة واحد، إما أن نقول:

إن ذلك يسير ومما تدعو الضرورة إليه لتمام البيع لما كانت السلعة لا تبلغ ديناراً؛ فجائز وإن أُخر الدرهمان أو قُدِّما أو فُرِّقا فقُدِّم أحدهما وأُخِّر الآخر، أو يقال إن ذلك مما لا تدعو الضرورة إليه؛ لأنهما قادران على أن يجعلا مكان الدرهمين أو الدراهم طعاماً أو غيره مما يخف وجوده؛ فيمنع جميع ذلك.

وإذا عجلت السلعة وأُخِّر الدرهمان[1] كان أَبْيَن في الفساد منه إذا عُجل الدرهمان[2] وأخرت السلعة؛ لأن ما يقابل الدرهم من الدينار صرف، وقد عجلاه وتناجزا فيه، وما يقابل السلعة من الدينار بيعٌ يجوز تأخيره، وقد تقدم ذلك وأنه قد قيل: إن ذلك جائز وإن كثرت الدراهم إذا تناجزا في الصرف وتأخرت السلعة.

قال **مالك**: وإذا وجد أحد الدرهمين رديئاً أبدله ولم ينتقض الصرف. وروى عنه **ابن وهب** أنه قال: هذا بيع منتقض كله[3].

واختلف إذا كانت سلعة وثلاثة دراهم، هل يكون الجواب فيه كالدرهمين؟ فقال في **المدونة**: لا خير في ذلك[4]. وأجازه في **كتاب محمد**[5].

وأما الخمسة والستة فلم يختلفوا أنها مراعاة، فلا يجوز تأخير العينين[6]

---

(١) في (ق ٤): (الذهبان).

(٢) في (ق٤) و(ب): (الذهبان)، وأشار الناسخ في هامش (ب) إلى نسخة أخرى: (الذهبان).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٦.

(٤) انظر: المدونة ٣/ ١٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٣.

(٦) في (ت): (الدرهمين)، وفي (ب): (الذهبين) وأشار في هامش (ب) إلى: (العينين).

ولا افتراقهما[١].

وقال **مالك** فيمن اشترى سلعة بخمسة دنانير إلا ثلاثة دراهم فدفع أربعة دنانير وأَخَّرَ الدينار حتى يأخذ الدراهم ويدفع ديناراً، أو أخذ الدراهم وأَخَّرَ الأربعة: لا خير فيه، وهو عندي[٢] بخلاف الجزء من الدينار[٣].

ولو اشترى سلعة بخمسة دنانير إلا خُمُساً أو إلا رُبُع الدينار، فدفع أربعة دنانير وأَخَّر الدينار حتى يأتيه بخُمُس أو بربع، أو عجل الدينار وأخذ مصارفة الخمس، وتأخرت الأربعة - لجاز؛ لأن البيع في هذه المسألة إنما وقع على ذهب خاصة، وليس في ذمته غير ذهب.

ولو أتى المشتري بخمسة دنانير، وقال: أكون شريكاً معك[٤] بخُمس دينار أو رُبعه؛ جاز ذلك، وأجبر الآخر على قبولها، ولم يكن على المشتري غير ذلك، والذي اشترى بخمسة دنانير إلا ثلاثة دراهم في ذمة أحدهما ذهب، وفي ذمة الآخر فضة فافترقا، فأجاز في هذه المسألة أن يصارفه في دينار، وإن تأخرت الأربعة. ومنع مثل ذلك إذا كان البيع إلى أجل بنصف دينار نقداً، فدفع ديناراً وصارفه في بقيته؛ لأن المنع من باب التهمة أن يكونا عَمِلا على ذلك فقويت التهمة عنده إذا كان البيع بنصف دينار، فصارفه في بقيته، وضعفت في خُمس من عشرة دنانير.

وقد تقدم ذكر الاختلاف في ذلك فيمن اشترى سلعة بعشرة دنانير مجموعة،

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ١٥.

(٢) في (ق٤): (عنده).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ١٧.

(٤) قوله: (شريكاً معك) يقابله في (ت): (معكم شريكاً).

فقضاه إياها، فكان في وزنها فضل، فأعطاه فيه ورقاً أنه لا بأس به[١].

وكرهه **مالك** في **كتاب محمد**، وعلى قوله ذلك يكرهه في هذه.

وسئل **سعيد بن المسيب** عن رجل ابتاع طعاماً بدينار ونصف درهم، فأراد أن يعطي بنصف درهم طعاماً، فقال: لا، ولكن أعط درهماً وخذ بقيته طعاماً، قال **مالك**: كره أن يعطي ديناراً وطعاماً بطعام[٢].

قال الشيخ: يجوز أن يعطيه بالنصف درهم من القمح بعينه بمثل ما ينوبه من الثمن لا أقل ولا أكثر، وتكون إقالة، فإن قبضه جاز أن يعطيه منه بمثل ما ينوبه وأرخص وأغلى إذا لم يفترقا أو افترقا ولم يغب عليه، فإن غاب عليه كره له ذلك.

ويكره أن يعطيه به شعيراً، وسواء كان ذلك قبل قبض القمح أو بعده، افترقا أم لم يفترقا.

ويجوز أن يعطيه به قِطْنِيَّة أو تمراً قبل القبض وبعده ما لم يفترقا، فإن افترقا كره له[٣] ذلك، فإن نزل ذلك لم يفسخ في أي هذه الوجوه كان؛ لأن الكراهية في ذلك من باب التهمة خيفة أن يكونا عملا على ذلك، والتهمة تضعف لقلة ما ينوب نصف درهم في جنب الدينار.

وقد أجاز **مالك** في أحد قوليه لمن اشترى سلعة بدينار إلا درهمين مفارقة الدراهم[٤] الدينار، وإن كان ذلك يسيراً فهو في هذه المسألة في التهمة في نصف

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٤٧.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ١٩.

(٣) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٤) في (ت): (الدرهم).

درهم أضعف منها في درهمين، وأجاز في المسألة المتقدمة فيمن اشترى سلعة بعشرة دنانير فقضاه إياها، فكان في وزنها فضل أن يأخذ فيه دراهم/ بعد الافتراق، ولم يتهمها[1] أن يكونا عملا على ذلك.

(ب) ٣٤٥/ب

---

(١) في (ب): (يتهما).

باب



في بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، ومعهما أو مع أحدهما عرض



ولا يجوز للرجل أن يشتري دينارين بدينار وعرض؛ لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل فيما بين الذهبين، فإن كان قيمة العرض أكثر من دينار كان الذي ينوبه مما أخرج الآخر أكثر من دينار، وإن كانت قيمته أقل كان الذي ينوبه أقل من دينار.

وكذلك دينار وعرض بدينار وعرض، أو دراهم بدراهم ومع أحدهما عرض، أو مع كل واحد منهما[1] عرض، أو دنانير ودراهم بدنانير ودراهم، كل ذلك حرام وربا، ويدخله التفاضل بين الذهبين والفضتين؛ لأنه لا بد أن يكون على أحدهما غبنٌ ما[2]، وذلك الغبن لا[3] يختص بما يقابله من الدنانير، بل ذلك شائع؛ لأنها صفقة واحدة، وعقد واحد.

وإن كان من عند أحدهما حلي وعرض، ومن عند الآخر دنانير بانفرادها أو دنانير وعرض - كان ذلك أبين في الفساد ودخول الربا؛ لأن الحلي مما تختلف فيه الأغراض، وليس تحصره القيمة كالدنانير.

---

(١) في (ت): (من الدراهم).

(٢) قوله: (ما) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (لا) ساقط من (ت).

باب



في بيع السيف المحلّى وغيره من آلة الحرب والحلي والمصحف



تقدم ذكر السيف يكون نصله تبعاً لحليته أنه يجري في البيع على أحكام الصرف.

واختلف إذا كانت الحلية تبعاً للنصل وهي فضة هل تباع بفضة نقداً أو تباع بفضة أو ذهب إلى أجل؟ أو كانت ذهباً، هل تباع بذهب نقداً، أو تباع بذهب أو فضة إلى أجل؟ على أربعة أقوال:

فأجاز **مالك وابن القاسم** أن يباع بجنس حليته نقداً، ومنعا أن يباع بفضة أو ذهب إلى أجل، فإن نزل ذلك فُسِخ ورُدَّ، إلا أن يفوت بأن تنقض حليته وتفرق فيمضي ولا يرد(١).

وقال **أشهب** في **كتاب محمد**: يكره، فإن نزل مضى ولا يرد(٢).

وأجاز ذلك **ربيعة وسحنون** ابتداءً أن يباع بجنس حليته وبغيرها نقداً وإلى أجل(٣).

قال **سحنون**: ولو استحقت الحلية ما كان له أن يرجع عنها بشيء؛ لأنه لا حصة لها، وهي كمال العبد(٤).

وقال **محمد بن عبد الحكم**: لا يجوز عندي أن يباع سيف فيه فضة بفضة

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٢٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩١.

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٢٣، ٢٤.

(٤) انظر: المدونة ٣/ ٩.

نقداً، وإن كانت تبعاً[١]، وهو قول **عمر وابن عمر** رضي الله عنهما.

قال أنس رضي الله عنه: «أَتَانَا كِتَابُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رضي الله عنه وَنَحْنُ بِأَرْضِ فَارِسَ أَلَّا تبيعُوا السُّيُوفَ فِيهَا حِلْيَةُ فِضَّةٍ بِدَرَاهِمَ»[٢].

وقال **نافع**: كان **ابن عمر** لا يبيع سيفاً ولا سرجاً فيه فضة حتى ينزعها ثم يبيعها وزناً بوزن[٣].

ولم يختلفوا إذا كانت الحلية منقوضة، وهي تبع أنه لا يجوز أن يباع السيف وحليته بجنسها نقداً ولا إلى أجل.

وأرى إذا كانت الحلية قائمة بنفسها صيغت[٤] ثم ركبت وسمرت - أن يكون لها حكم المنقوض؛ لأنه ليس في ذلك أكثر من أنها سُمِّرت بمسمار، ولا كبير مضرة في نزعها وردها، وإن كان شيء مُوِّه به في السيف أو شيء أُنْزِل في قائم السيف ويَشُقُّ نزعُهُ: أن يجوز نقداً وإلى أجل إذا كانت تبعاً.

واختلف في حلية الرمح والسكين والترس والفاتخة[٥]؛ فمنع ذلك **مالك وابن القاسم**، قال **مالك**: وإنما يفعل الناس ذلك على وجه السرف فلا يجوز أن يُعمل، فإن عُمل وكان تبعاً لم يجز أن يباع بما فيه[٦]، وإن كان نقداً[٧].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩١.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ٨/ ٧٠، في باب السيف المحلى والخاتم والمنطقة، من كتاب البيوع برقم (١٤٣٥٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه: ٤/ ٢٨٥، في باب في السيف المحلى والمنطقة المحلاة والمصحف، من كتاب البيوع والأقضية، برقم (٢٠١٨٤).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٢٤.

(٤) في (ب): (صنعت).

(٥) سبق التعريف بها في كتاب الجهاد، ص: ٨٧٢.

(٦) قوله: (بما فيه) يقابله في (ت): (بحليته).

(٧) انظر: المدونة ٣/ ٢٣.

وقال **مالك**[١] في مختصر ما ليس في المختصر: لا بأس بالحلي في المنطقة.

وقال **عبد الملك بن حبيب**: كل مفضض من المناطق والأسلحة فهو كالسيف؛ إن كانت فضته تبعاً لثمن الجميع بِيع بفضة نقداً، وإن لم يكن تبعاً بِيع بذهب نقداً[٢].

وهذا أشبه؛ لأن ذلك ليس من السرف، كما قال في السيف وغيره. وإنما أجيز ذلك في السيف لما كان من آلة الجهاد؛ لأن فيه إرهاباً على العدو.

وكذلك الرمح والترس والفاتخة والسرج واللجام، كل ذلك مما يرهب به على العدو، وقد يُرَى أن ذلك لأنه رجل كبير في قومه، وأن له شجاعة وفضلاً على غيره، ولأن ذلك مما يزيد في قوة نفسه، وألا يُنزِلَ نفسه في القتال منزلة من لا يؤبه له.

وأجاز **مالك** حلية[٣] المصحف. قال **ابن القاسم**: ورأيت **لمالك** مصحفاً محلًّى بفضة[٤].

وأجاز **مالك** في **كتاب محمد** أن يحلَّى السيف والمصحف والخاتم بالذهب[٥]. وأجازه في **المدونة** في السيف، فقال: ولا يجوز أن يبيعه بذهب ولا بفضة نسيئة إذا كان فيه شيء من الذهب والفضة قليلاً كان أو كثيراً[٦].

وقد قيل: إنه لا يحلى بذهب.

---

(١) قوله: (مالك) ساقط من (ق٤).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٠.

(٣) في (ق٤): (تحلية).

(٤) انظر: المدونة ٢/ ٢٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩١.

(٦) انظر: المدونة ٣/ ٢٢.

والأول أحسن؛ لأن الفضة لم تجز إلا لما تقدم ذكره من الترهيب، فهو في الذهب أبين. وجاز ذلك في المصحف إعظاماً لكتاب الله عز وجل، وإجلالًا لحرمته. وأجازه **مالك** في كتاب **محمد** في الخاتم كان الذهب أقل/ من الثلث أو أكثر[1].

(ب) ٣٤٦/أ

فإن كان الذهب أكثر بيع بالفضة، وإن كانت الفضة أكثر بيع بالذهب، فإذا كان الذهب الأكثر لم يجز استعماله إلا للنساء دون الرجال.

ولا يجوز أن تحلَّى الأواني بذهب ولا بفضة ولا الأقداح ولا غير ذلك.

فصل

[في بيع المحلّى بأحد النقدين بجنس الآخر، والمقدار المعتبر للتبعية في ذلك]

واختُلف في الحلي يكون ذهباً وفضة؛ أحدهما الثلثان والآخر الثلث، هل يباع بأقل ذلك؟ فمنعه **مالك** في **المدونة**[2]، وأجازه **أشهب**[3].

وهو أقيس، ولا فرق في ذلك بين الحلي والسيف؛ لأن كليهما فُعل بوجه جائز، فإذا رأى أن التبع من ذلك في السيف كاللغو كان في الحلي مثله.

ولم[4] يختلف في الحلي يكون فيه ذهب وفضة ولؤلؤ وجوهر والذهب والفضة الثلث فأقل، واللؤلؤ والجوهر الثلثان فأكثر - أنه يباع بأقل ذلك كالسيف.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩١.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٢٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩١، وانظر البيان والتحصيل: ٦/ ٤٣٩، ٤٤٠.

(٤) في (ت): (ولو لم).

وأرى أن يحتاط فيما يُقدَّر من ذلك كله أنه الثلث؛ لأن كل ذلك على التقدير ليس على التحقيق.

وثياب النساء المعلَّمة -بالذهب كالمعتَّق وما أشبهه- في ذلك كالسيف؛ فإن كان علمه الثلث فأقل جاز بيعه بالذهب، وإن كان أكثر بيع بالفضة يداً بيد، وهذا في المعتَّقات العراقية؛ لأن ذهبها غير مستهلك[١] العين.

والشأن فيما قدم منه أن تحرق أعلامه، فيخرج منها الذهب.

فأرى أن يباع شيئاً من ذلك بالعراق وأن يسأل أهل المعرفة بصنعة ذلك عما يكون في مثل ذلك من الذهب، فإن قيل: خمسة دنانير، قيل: كم قيمة ذلك الثوب على هيئته بعلمه وصناعته؟ فإن قيل: خمسة عشر ديناراً، بيع بالذهب؛ لأن الزائد للثوب ولصنعة العلم، ولا ينظر إلى قدر الذهب وقيمة الثوب بغير علم؛ لأن الصنعة إن قومت على ذلك لم تدخل في القيمة وأبطل حكمها، وفي ذلك ظلم على المتبايعين، وهي في هذا الموضع كالخياطة.

وإن[٢] بيع شيء من ذلك بموضع لا يعمل فيه ولا يعلم كم قَدْر ما فيه، قيل: بكم يباع لو كان بغير علم، وإذا بيع وفيه ذلك العلم؟ فإن كان يزيد ذلك العلم الثلث فأقل؛ جاز بيعه بالذهب، وإن كان أكثر؛ بيع بالفضة، وكل ذلك يداً بيد.

وإنما رُجِعَ في ذلك إلى ما تزيد القيمة؛ لأنها ضرورة لا يقدر على أكثر من ذلك، وإنما يباع بالفضة أحوط؛ لإمكان أن يكون الذي فيه من الذهب أكثر مما زادت[٣] القيمة.

---

(١) في (ت): (قد يستهلك).
(٢) في (ت): (وأرى أن).
(٣) في (ق٤): (زاد في).

وأما الذي يعمل بالمغرب فهو سمنطر[1] لا يخرج منه شيء عند الحرق، وقد يقال: هو في معنى المستهلك من هذا الوجه فيباع بما فيه نقداً وإلى أجل، ولا يعتبر قدر الذهب، ويصح أن يقال: يعتبر ذلك لأنه الآن موجود قائم العين.

وإذا كان الوجه اعتبار ما فيه فإنه يسأل أهل المعرفة بعمله كم يدخل فيه من مثقال ذهب مغزول، ثم يسأل الذين يعملون السمنطر[2] كم يدخل في ذلك المثقال من الذهب؟ فإذا علم ذلك نظر إلى ذلك الذهب كم هو، وهل هو الثلث أو أكثر.

وهذا أحسن؛ لأنه لو كانت جلوداً بحالها[3] لم تغزل بعدُ لم يجز بيعها بالذهب نقداً، ولا بالفضة إلى أجل؛ لأن المشترَى الذهب الموجود، وهو قائم العين.

وكذلك كل ما يعمل في المحاجر؛ فإنه يعتبر ما فيه من الذهب كما تقدم في الثياب.

وأما أزرار جيوبهن فحكمه حكم حلية السيف إذا كانت منقوضة؛ لأنه ليس في ربطه ونزعه كبير أمر، وما كان مما يعملن[4] في المرايا والأقفال والصناديق، فحكمها حكم المنزوع؛ لأنه مما لا يجوز استعماله، وكذلك كل ما عمل مما لا يجوز استعماله، فإن حكمه حكم المنزوع.

---

(١) قال الونشريسي: هو الذهب المستهلك في الجلود، انظر: المعيار المعرب: ٦/ ١٣٢.

(٢) في "ت": "الصمنطر".

(٣) في (ب): (تحالها).

(٤) في (ت): (يعملون).

باب




في الاستحقاق في الصرف

وقال **ابن القاسم** فيمن اشترى إبريق فضة بدراهم أو بدنانير فاستحقت الدراهم أو الدنانير: إن الصرف منتقض(١).

قال الشيخ: وكذلك إذا استحق الإبريق ينتقض الصرف أيضاً، فإن رضيا جميعاً على مثل ذلك الإبريق أو على فضة أو دراهم جاز ذلك؛ لأن البيع كان على شيء بعينه، وقد انفسخ الصرف باستحقاقه، وما تراضيا عليه الآن فهو صرف حادث.

وكذلك إذا استحقت الدنانير أو الدراهم، وكان البيع على أعيانها، فالصرف منتقض باستحقاقها(٢)، والتراضي على مثلها جائز؛ لأنه صرف حادث.

وإن لم تكن بأعيانها كان أخذ العوض عنها على القولين في البدل، فمن أجاز البدل أجاز لهذا أن يعطي عوضها بالحضرة(٣)، ويجبر الآخر على قبولها، ومن لم يجز البدل لم يجز لهذا أن يعطي عوضها، وإن رضي الآخر بذلك لم يجز.

وإن كان الصرف دنانير بأعيانها بدراهم بأعيانها فاستحق أحدهما، انفسخ الصرف، وسواء كان الاستحقاق قبل الافتراق أو بعده.

وإن دعي(٤) من استحق ذلك من يده إلى خلفه لم يجبر الآخر على ذلك،

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٢٤.

(٢) في (ق٤): (واستحقاقها).

(٣) في (ق ٤): (وإن لم يكن بالحضرة).

(٤) في (ب): (ادعى).

(ب) ٣٤٦/ب

وإن رضي بائع المستحق أن يخلفه لم يجبر الآخر على قبوله، وإن/ رضيا جميعاً هذا بخلفه، وقبِل الآخر جاز ذلك، وسواء كان ذلك الاستحقاق قبل الافتراق أو بعده.

فإن كان الصرف على غير معين، والاستحقاق قبل الافتراق، والمثل حاضر مع بائع المستحق -أُجبِر على أن يعطي مثل ما استحق، وإن استحق ذلك بعد الافتراق انفسخ الصرف، ولا يجوز أن يتراضيا على مثل المستحق؛ لأنه إنما يدفع الآن ما كان حقه أن يدفعه يوم كان الصرف بذلك فاسداً إلا على قول[1] من أجاز البدل فيجوز.

وإن دُعي إلى ذلك أحدهما، وكره الآخر؛ أُجبر من أبى على أن يتم الصرف.

فصل

[في استحقاق المصوغ في عقد الصرف]

وقال **ابن القاسم** فيمن صارف خلخالين فضة بدراهم أو بدنانير فاستحقَّا، فأراد المستحق أن يجيز الصرف فيهما، ويأخذ الثمن الذي بيعا به: إنه يجوز ذلك إذا لم يفترقا البائع لهما والمشتري، ولم تغب الخلخالان، فإن افترقا فلقي البائع، فأراد أن يأخذ منه الثمن -لم يجز ذلك لغيبة الخلخالين، وإن لقي مشتريهما فأراد أن يجيز ويدعهما، ويتبع البائع بالثمن - لم يجز لأجل غيبة الثمن، وإن رضي المشتري أن يدفع ثمناً آخر من عنده ويتبع هو من كان باع منه بالثمن الذي دفع إليه - جاز[2].

(١) قوله: (قول) ساقط من (ب)، ويقابله في (ت): (وجه).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٢٥.

فجعل إجازة المستحق كابتداء صرف منه، فيجوز إذا لم يفترقا ويمنعان[١] بعد الافتراق.

وقد اختلف في هذا الأصل فيما كان فيه خيار فأجيز الآن: فقيل: يكون كأنه أجيز يوم كان عقد. فعلى هذا يجوز للمستحق إذا أجاز أن يأخذ الثمن وإن غاب الخلخالان، ويجوز إذا غابا أن يدعهما ويتبع بالثمن قابضهما.

وقال أشهب في الإجازة قبل الافتراق ذلك استحسان، قال: والقياس أنه مفسوخ؛ لأنه صرفٌ فيه خيار[٢].

والمعروف من قوله خلاف هذا؛ لأنه قال في العبد يتزوج حرة[٣] بغير إذن سيده ويدخل بزوجته ثم تزني تلك الزوجة: إنَّ رجمَها موقوفٌ على إجازة السيد؛ فإن أجاز نكاحَه الآن[٤] كانت محصنة ورُجِمَت، وإن لم يجزه لم تُرجم وحُدَّت حدَّ البِكر.

ورأى أنه إذا أجيز الآن؛ فإنه لم يزل منعقداً من يوم عقد.

فعلى هذا يجوز أن يجوِّز[٥] الصرف إذا أجازه المستحق، وإن افترقا وغاب الخلخالان؛ لأنه[٦] لا يراه كالمبتدئ من الآن، ولأن الخيار في النكاح غير جائز، فإذا أجاز أن يجاز بعد طول المدة والدخول لما كان الخيار مما لم يدخلا عليه، وإنما أوجبته الأحكام لحق السيد -جاز مثل ذلك في الصرف؛ لأنهما في الاستحقاق لم يدخلا على خيار.

---

(١) في (ت): (ويبيعان).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٢٥، وانظر: النوادر والزيادات ٥/ ٣٧٥.

(٣) قوله: (حرة) ساقط من (ق٤).

(٤) قوله: (الآن) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (أن يجوز) ساقط من (ق٤).

(٦) قوله: (لأنه) ساقط من (ت).

باب



في البيع على تسمية دنانير أو دراهم

وإذا صارف رجل رجلاً دراهم بدنانير كل عشرين درهماً بدينار، أو باعه سلعة بدنانير والدنانير التي يتصرف بها في البلد بين الناس مختلفة السكك - كان ذلك فاسداً، إلا أن يكون الثمن فيما يباع به ذلك، أو الغالب فيما يتصرفون به سكة منها وغيره قليل ونادر، فيجوز ويحملان على الغالب من ذلك[1].

(١) انظر: المدونة ٣/ ٢٥.



باب
فيمن صرف بعضاً من دينار أو نقرة أو دراهم



وقال **مالك** فيمن صرف من رجل نصف دينار جميعه له، وسلم الدينار إلى مشتري نصفه منه[١]: لم يجز؛ لأن يد المصرف لم ترتفع عن الدينار الذي دفع فيه الصرف. وإن صرف جميع الدينار من رجلين وسلمه إليهما جاز[٢]؛ لأن يد المصرف ارتفعت، وإنما بقيت الشركة بين المشترين.

ومثله إذا كان دينار شركة بين رجلين فصرف أحدهما نصفه من غير شريكه جاز ذلك؛ لأن يد المصرف ارتفعت عن نصيبه منه، وإنما الشركة الآن بين المشتري والشريك.

وقد اختلف في هذه المسائل الثلاث: فقال **أشهب** في كتاب **محمد**: يجوز أن يشتري نصف خلخال فضة بوزنه فضة إذا سلم جميع الخلخال. قال **محمد**: ورآه قبْضاً. قال: وروي لنا عن **أشهب** عن مالك خلافه في النقرة[٣].

فأجاز **أشهب** صرف بعض الخلخال. وعلى هذا يجوز صرف بعض الدينار.

قال الشيخ ﷺ: وأن يجوز أحسن في الدينار والخلخال؛ لأن الذي وقعت عليه المصارفة قد قبض وقبض ثمنه وتناجزا فيه، وهو صرف[٤] نصف الدينار، وإنما بقي بينهما ما لم تقع فيه مصارفة.

---

(١) قوله: (منه) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٢٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٩.

(٤) قوله: (صرف) ساقط من (ق٤).

ولو صرف رجل خمسمائة درهم من كيس فيه ألف درهم، وهو حاضر لوزنه، فسلم جميعه، ولم يقبض نصيبه منه بالحضرة -جاز؛ لأنهما قادران على قسمته بالحضرة قبل الافتراق، فتركه المقاسمة رضاً بالشركة بعد صحة المصارفة.

ولو صرف نصف نقرة جميعها له من رجل وسلمها إليه لم يجز ذلك عند **مالك**[١]، والنقرة بخلاف الدراهم، وهي كالدينار؛ لأنه لا يقدر على أن يقبض نصيبه منها بالحضرة، إلا أن يقوما إلى من يقسمها بينهما، وقيامهما لذلك/ كقيامهما إلى قسمة الدينار بالصرف.

(ب) ٣٤٧/أ

وأجاز في **المدونة** أن يصرف الرجل الدينار من رجلين وإن بقيا فيه على الشركة[٢].

ومنعه **محمد** إلا أن يكونا شريكين في الدراهم[٣].

وأما إن صرف رجلان ديناراً من رجل جاز قولاً واحداً؛ لأنهما يقدران على قسمته بالحضرة إن أحبَّا، وهي الدراهم.

وقال **مالك** في **كتاب محمد**: لا بأس أن يبيع النقرة من رجلين، وينقلب بها أحدهما دون صاحبه[٤].

ولا يصلح أن يبيع نصف نقرة، وإن سلمها كلها وأجراها على حكم الدينار لما كان لا يقدر على أخذ نصيبه منها بالحضرة، ومنع إذا كان له فيها

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٢٦.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٢٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٩، والبيان والتحصيل: ٦/ ٤٥٥.

نصيب أن يبيع نصيبه من غير شريكه، ورأى أن المناجزة لم تصح، وأجازه **أشهب**[(١)].

وهو أحسن في هذه وفي الذي صرف الدينار من رجلين؛ لأن يد المصرف قد ارتفعت، ولم يبق بينه وبين من صرف منه معاملة.

ولو كان رجلان شريكين في دينار أو حلي أو دراهم أو نقرة فباع أحدهما نصيبه من ذلك من شريكه بمثل وزنه - جاز في الدينار والحلي، وهي كالمراطلة.

واختلف في النقرة؛ فروى **ابن القاسم** عن **مالك** الجواز[(٢)].

وروى عنه **أشهب** المنع وأن تقسم[(٣)].

وقيل: الوجه في ذلك لأنها إذا قسمت نقصت، فكان الذي يأخذ الآن فوق الوزن الذي يصح فيها بعد المقاسمة.

والأول أحسن؛ لأن النقص لم يكن بعد وهو يسلم النصف على وفائه في الوزن لم ينقص منه شيء، ويجوز ذلك في الدراهم إذا كانت وزنت بالحضرة، وأعطى وزنها بتلك الصنجة وإن كان تقدم بصنجة ثم وزنها بغيرها؛ لإمكان الاختلاف ما بين الوزنين، وهو معنى قول **أشهب** في الدراهم.

وإن باع نصيبه من غير شريكه بمثل وزنه مُنع في كل ما لا ينقسم من الدينار والحلي والنقرة؛ لأجل المناجزة ليس لأن في ذلك تفاضلاً، وعلى القول المتقدم في جواز صرف بعض خلخال بوزنه -يجوز جميع ذلك مثل ما لو بيع

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٢٦.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٢٦.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٤٢.

بغير جنسه، ويجوز ذلك في الدراهم؛ لأنها تنقسم.

وفي كتاب **محمد** في رجل دفع ديناراً إلى رجلين صارف أحدهما في نصفه، ودفع نصفه إلى الآخر هبة أو قضاء من دَيْنٍ؛ لم يجز ذلك[١].

ومثله إذا دفع ثلثيه قضاءً من دَيْنٍ؛ ثلثاً لكل واحد، وصارف أحدهما في ثلثه لم يجز ذلك، قال: ولو صرف ذلك الثلث منهما جميعاً جاز ذلك[٢].

قال الشيخ: المنع في هذين السؤالين على أحد القولين في منع صرف دينار من رجلين، وعلى القول الآخر يجوز ذلك كله؛ لأنه لم يبق لدافع الدينار عليه يد ولا بينه وبين من صرف منه معاملة، وإنما بقيت الشركة بين المشتري لنصف الدينار وبين من قبض النصف الآخر هبة أو قضاء.

وعكسه أن يكون لرجل على رجلين دَيْنٌ ثلثا دينار؛ ثلث على كل واحد منهما، فأخذ منهما[٣] ديناراً وصرف الثلث الباقي، فإن كان الدينار شركة بين الغريمين، أو كان لأحدهما ثلثاه فصرف منه الثلث والباقي قضاء جاز ذلك[٤].

واختلف إذا كان جميع الدينار لأحد الغريمين، فدفع ثلثيه قضاءً عن نفسه وعن صاحبه، وصارف في الثلث الآخر، فقال: ذلك جائز، بمنزلة أن لو كان على رجل نصف دينار فدفع إليك غيره ديناراً، وأخذ منك بقيته دراهم؛ كان ذلك جائزاً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٩، ٣٨٠.

(٣) قوله: (فأخذ منهما) يقابله في (ت): (فدفع إليه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٠.

قال محمد: لا يعجبني قوله في الغريمين إذا صارف[١] في الثلث أو دفع فيه عرضاً؛ لأن دافع الثلث يمكن أن يزيده الآخر في الصرف ليضمن له عن صاحبه الثلث الباقي، فيدخله ضمان بجُعْل[٢].

قال الشيخ: القول الأول أحسن، إلا أن يكون الذي قضى عنه الثلث فقيراً أو ملياً، وتبين أنه زاده في الصرف، وكذلك الذي قضى عن غيره نصف دينار وصارف في الدراهم - ذلك جائز إذا لم يزده في الصرف، وإن دفع عن الثلث أو النصف عرضاً لم يجز، ودخله البيع والسلف؛ لأن العرض يدخله في القيمة[٣] الزيادة والنقص، وليس كذلك الصرف؛ لأنه معروف لا يختلف وقت دفع ذلك، فإن وجدت المصارفة ولا زيادة فيها حمل على أنه قصد المعروف.

قال: ولو كان لك على رجل نصف دينار فدفع إليك ديناراً على أن تحيله على فلان بنصف دينار لك عليه - لجاز؛ لأنك لم تأخذ منه ولم تعطه[٤].

قال الشيخ: وقد اختلف في هذا فيمن أسلف دنانير[٥] أو دراهم ليحال بمثلها.

---

(١) في (ق٤)، و(ب): (صارفا).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨٠.

(٣) في (ق٤): (القيم).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٨١.

(٥) قوله: (أسلف دنانير) يقابله في (ت): (له ديناراً).

باب



في المتصارفين يزيد أحدهما الآخر بعد انعقاد الصرف شيئاً نقداً أو إلى أجل



وإذا صرف رجل ديناراً بدراهم ثم قال قابض الدراهم: استرخصت فزدني، فزاده درهماً أو عرضاً نقداً أو إلى أجل؛ جاز ذلك، وسواء أعطاه ذلك هبة أو قرضاً، ولا يتهمان على أيهما عملا على ذلك[١].

فإن زاده درهماً ثم وجده زائفاً، فإن كان معيناً، فقال: أزيدك هذا؛ لم يكن عليه أن يبدله، وإن التزم ذلك ولم يعيِّنه كان عليه أن يبدله، فإذا انتقض الصرف لفساد في العقد أو تقايلا فيه بالطَّوع رُدَّت تلك/ الزيادة قائمة أو فائتة، وحكمها حكم الثمن[٢].

(ب) ٣٤٧/ب

ولو قال: هذا هبة لمكان الصرف؛ لم يرجع في تلك الهبة إذا تقايلا فيه، ورجع فيه إذا وجد الصرف فاسداً[٣].

والفرق بين السؤالين أن قوله: استرخصت فزدني؛ أي: فزدني في الثمن، فألحقها بالثمن، فجرى مجراه، والثاني لم يلحقه بالثمن، وقد مضى ذلك في كتاب النكاح الثاني إذا زاد المرأة في صداقها أو وهبها ولم يزد في الصداق ثم طلق، أو وجد النكاح فاسداً والهبة فائتة أو قائمة العين ولم تتغير أو تغيرت.

---

(١) المدونة: ٣/ ٢٧.

(٢) المدونة: ٣/ ٢٧.

(٣) المدونة: ٣/ ٢٧.

باب



في المصطرفين يجد أحدهما نقصاً في الوزن أو العدد



النقص في الصرف على وجهين في العدد وفي الوزن، وهو في الوزن على وجهين:

أحدهما: أن تكون الدنانير مجموعة.

والثاني: أن تكون عدداً كالقائمة والفرادى، فيجد كل دينار ناقصاً عن الوزن المعتاد.

فإن انعقد الصرف على مائة دينار عدداً أو على الوزن إلا أنها غير معينة، فوجد تسعة وتسعين؛ كان فيها ثلاثة أقوال:

فقيل: الصرف ينتقض؛ قام بحقه في ذلك النقص أو لم يقم، وهو المشهور من المذهب.

وقيل: إن لم يقم بحقه في ذلك النقص ثبت الصرف، وإن قام به فسد كالزائف، قاله **أشهب** في كتاب **محمد** إذا وجد الدراهم دون ما وقع عليه الصرف، وحكاه عن **مالك**(١).

وهو أيضاً ظاهر ما قاله في **المدونة**، قال: قال **مالك**: إذا وجد في الدراهم نقصاً فرضيها فذلك جائز، وهي مثل الزيوف(٢).

ويجري فيها قول ثالث: أن يقوم بحقه في النقص، ويبطل من الصرف ما

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٣.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٢٨، ٢٩.

يقابل ما بقي عند الصراف من عدد أو وزن. وقاله **محمد** فيمن اشترى مائة دينار فنقصت ديناراً فافترقا على أنه يأتيه به، قال: لا ينتقض إلا صرف دينار[١].

وكذلك لو انعقد الصرف على مائة بعينها فقبض تسعة وتسعين وبقي منها دينار عند بائعها، فالجواب على ما تقدم، ولو لم يبق عند بائعها منها شيء، وإنما قال: أبيعك هذه المائة وهي قائمة فعداها، أو مجموعة فوزناها وانصرفا على أنها مائة، فتبين لهما أنهما غلطا في العدد أو في الوزن بدينار لم يبطل من الصرف إلا بقدر ذلك الدينار.

وحكم النقص في معنى حكم الزائد؛ لأنهما لو علما قبل الافتراق لصح الصرف في الموجود من غير خيار لواحد منهما في ذلك، وردَّ من الدراهم بقدر ما قابل الدينار، وإذا كان ذلك قائماً انصرف قابض الدراهم بزائد على حقه.

وإن كان الصرف على قائمة أو فرادى أو ما أشبه ذلك مما الصرف فيه على العدد، فوجد بعضها تنقص عن الوزن المعتاد - كان كالزائف؛ إن تمسك به ولم يقم صح الصرف، وإن رده دخل الخلاف المتقدم: هل ينفسخ ما ينوبه أو جميع الصرف؟

ولو كانت المصارفة دنانير أو دراهم بفلوس فوجد زائفاً في شيء من الدنانير أو الدراهم أو الفلوس أو تأخر شيء من العدد -لم ينتقض الصرف، ورجع بقدر الزائف[٢] ويقبض[٣] ما تأخر من العدد؛ لقوة الخلاف في الفلوس

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٣.

(٢) في (ب): (الزائد).

(٣) في (ق٤): (وينتقض).

هل يجري على حكم الصرف أو لا[١]؟

فصل

[في مبادلة أنواع الذهب، وبيع بعضها ببعض، ووجود العيب فيها]

وقال ابن القاسم فيمن اشترى دنانير منقوشة مضروبة ذهباً أو إبريزاً أحمر بتبر أصفر، ثم أصاب من صارت إليه الدنانير عيباً: لم يكن له أن يردَّ؛ لأن الذي في يديه من الدنانير أفضل مما خرج منها، وإن أصاب الآخر بالتبر عيباً كان له أن يردَّ، وإن كان ذَهَبُ الدنانير أدنى كان لكل من أصاب منهما عيباً أن يرد به[٢]؛ لأن لهذا فضل ذهب وللآخر فضل سكَّة[٣].

وكذلك الحلي بالتبر، فإن كان التبر أجود كان لكل من أصاب منهما عيباً أن يرد به، وإن كان ذَهَبُ الحلي مثل ذهب التبر أو أجود؛ لم يكن لمن الحلي في يده أن يردَّ، ولمن التبر في يديه الردُّ.

وإن كان الصرف دنانير بحلي كان لكل من وجد منهما عيباً أن يرد به، وسواء كان الذهبان سواء أو مختلفين؛ لأن الغرض في السكة من الصنعة مختلف.

---

(١) قوله: (أو لا) ساقط من (ق٤).

(٢) قوله: (به) ساقط من (ق٤).

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٤٤.




باب
فيما يقضى به لمن باع ببعض دينار

وإذا باع سلعة بنصف دينار أو بدينار، فوهب له نصفه لم يحكم على الغريم فيه إلا بدراهم بصرف يوم القضاء، إلا أن يشاء الغريم أن يأتي بدينار ويكونان شريكين فيه، فلا يكون للطالب في ذلك مقال؛ لأن دفع الدراهم من حق الغريم لا عليه لتغليب أحد الضررين؛ لأنه لو كُلِّفَ أن يأتي بدينار فأحضره، ثم دعا الغريم إلى المفاصلة فيه بشركته، كان ذلك له وصرفاه بالحضرة، فلم يحصل له من الدراهم سوى ما قضي له به.

وقال محمد فيمن له على رجل نصفا دينار من شيئين كل دَيْنٍ نصف دينار/ ؛ فإنه يحكم للطالب بدينار صحيح(١).

(ب) ٣٤٨/أ

وهذا مما يبين ما تقدم، أن الأول إنما أغرم دراهم؛ لأنه لا فائدة في إغرامه النصف ذهباً فلما كان له نصفان أخذه صحيحاً.

وقال محمد فيمن له ثلاثة أرباع دينار أو عشرون قيراطاً ذهباً: حكم له بدراهم، وإن كان ديناراً إلا قيراطاً أو إلا قيراطين حكم له بدينار(٢).

يريد: ويعطي الغريم ما ينوب القيراطين، ليس له أن يأخذ ديناراً ينقص قيراطاً، إلا أن يكون ذلك(٣) النقص ليس بعيب، فإنه يعطيه بوزن ما له عليه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٥.

(٣) قوله: (ذلك) ساقط من (ق٤).




باب
في بيع الذهب والفضة جزافاً

بيع الذهب والفضة جزافاً جائز إذا كان تبراً أو نقاراً أو حلياً مصوغاً، ولا يجوز إذا كان دنانير أو دراهم يتبايع عدداً بغير وزن[١].

واختلف إذا كانت تباع على الوزن بالمنع والكراهية:

فقال **أبو الحسن ابن القصَّار**: كره **مالك** بيع الدنانير والدراهم جزافاً[٢].

وقال في موضع آخر: قول **مالك** على طريق الكراهية.

وقال **محمد بن عبد الحكم**: إذا بيعت جزافاً لم أرَ أحداً من أصحابنا يجترئ على فسخ البيع فيها.

وهذا هو الصحيح؛ أن لا فرق بين التبر والنقار والمسكوك، فإن لم تكن العادة في بيع شيء من ذلك جزافاً - لم يجز، وإن كانت لهم عادة حتى صاروا يعرفون حَزْر ذلك ولا يخطئوا الحَزْر فيه عن الوزن إلا يسيراً جاز، وإن كان يتفاوت لم يجز في تبر ولا مسكوك.

فأجاز **محمد** أن يباع الحلي المحشو جزافاً ما لم يعلم البائع وزنه فيكتمه[٣].

يريد: إذا كان هناك دليل يدلُّ على ما فيه، إما لأنهم قطعوا طرفاً منه ليستدل به على كثافته من رقته أو بغير ذلك وإلا لم يجز؛ لأن الغرر فيه يعظم، وقد يستخف ذلك في الخاتم إذا كان ذهبه أو فضته تبعاً للفص؛ لأن

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٣١.

(٢) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٤٣٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٣.

الغرر فيه يخف.

وهذا في بيع أحد الذهبين بغير جنسه؛ الذهب بالفضة، أو أحدهما بعرض، فإن كان جنساً واحداً -ذهبين أو فضتين- لم يجز أن يباع أحدهما بالآخر جزافين[1] ولا جزافاً بوزن.

---

(١) في (ت): (جزافان).

باب



فيمن استقرض دنانير أو دراهم أفضل أو أوزن أو أكثر



ويجوز لمن استقرض دراهم أن يقضي أفضل عيناً وأفضل فضة إذا كان الوزن سواء، وإن كان الفضل في الوزن أو العدد كان على ثلاثة أوجه:

فإن كان القرض مائة درهم عدد، أو وزن كل درهم نصف درهم فقضى مائة وازنة - جاز.

وإن كان زاده في العدد فقضى مائة درهم ودرهماً أو أكثر من ذلك كره، وإن كانت الأولى بميزان جاز الرجحان إذا كان يسيراً، ويكره ما كثر من ذلك، وهذا قوله في **المدونة**[١].

وأجاز **عيسى بن دينار** عند **ابن مزين** ذلك في العدد والوزن من غير مراعاة لقلة ولا غيرها.

قال: وأخبرني **ابن وهب**: أن رسول الله ﷺ قضى في السلف أكثر عدداً.

وأجاز **أبو محمد عبد الوهاب** مثل ذلك أن يقضي أفضل صفة[٢] وأكثر عدداً[٣].

وهذا هو الصحيح[٤]، وقد ثبت عن النبي ﷺ: **«أَنَّهُ اسْتَقْرَضَ بَكْراً، فقضى جملاً خياراً رَبَاعِياً، ثم قال: «إِنَّ مِنْ خَيْرِكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»**[٥]، فبان

(١) انظر: المدونة ٣/ ٣١.
(٢) في (ت): (فضة).
(٣) انظر المعونة: ٢/ ٣٥.
(٤) زاد في (ق ٤): (مِن أَخْذِه).
(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٨٠٩، في باب وكالة الشاهد والغائب، من كتاب الوكالة، =

بهذا أن النهي عن سلف جر منفعة فيما كان بشرط، وأنه لا بأس به إذا لم يشترط على أي وجه كان؛ قياساً على فعله، ولعموم قوله: «**فَإِنَّ خَيْرَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً**» فمن زاد في العدد أو في الوزن فيما كان أخذه على الوزن فقد أحسن القضاء.

وقال **مالك** في **كتاب محمد**: إذا قضى أكثر عدداً فلا خير فيه وإن صح؛ لأنه ذريعة للحرام[1].

فأخبر أن ذلك ليس بحرام إنما هو حماية، والحماية في العدد والوزن واحد إذا كان القرض مائة ووزن كل درهم منها نصف، فقضى كل درهم وازناً.

فصل

[في اختلاف القرض والقضاء]

وإذا اختلف القرض والقضاء، وكان الفضل من أحدهما من المقرض أو المستقرض - جاز ذلك، وإن كان من[2] كل واحد منهما فضل واختلف الوزن لم يجز، وإن اتفق الوزن كان على القولين في القضاء، هل هو كالمراطلة؟

مثال ذلك: أن يستقرض مائة وزنها نصف نصف[3]، ويقضيه مائة وازنة، فإن كانت الفضة والسكة سواء، أو كانت الفضة[4] أجود أو السكة - جاز ذلك.

= برقم (٢١٨٢)، ومسلم: ٣/ ١٢٢٤، في باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه، من كتاب المساقاة، برقم (١٨/ ١٦٠٠)، واللفظ لمسلم.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٦.

(٢) في (ت): (على).

(٣) قوله: (نصف) ساقط من (ت).

(٤) زاد في (ب): (في الوازنة).

وإن كانت إحداهما أدنى -الفضة أو السَّكَّة- والأخرى أجود لم يجز، ودخله الرِّبا والتفاضل في الوزن؛ لأن المقرض حينئذٍ ترك فضل فضته أو سكَّته لمكان فضل وزن دراهم[1] الآخر.

وإن قضاه خمسين درهماً وازنة وهي أجود فضة أو سكة جاز على أحد القولين؛ لأن الوزن واحد، فصار كالمراطلة.

وإن كانت الخمسون منها[2] وزن كل درهم منها نصف أو ربع جاز ذلك؛ لأن المقرض يأخذ دون حقه، والتفاضل من ناحيةٍ واحدة، إلا أن تكون هذه الخمسون أطيب فضة وأنفق سكة فلا يجوز، ويدخله الرِّبا/ ؛ لأن المقرض ترك فضل العدد لموضع ما أخذ من جودة الفضة والسكة.

(ب) ٣٤٨/ب

وإن كان وزن كل درهم أكثر من درهم لم يجز؛ لأن فضل الوزن لموضع فضل العدد؛ وعلى هذا يجري الجواب في الذهب.

وأما الطعام -القمح والشعير وما أشبه ذلك- فالفضل فيه في القضاء من وجهين: الصفة والكيل، فإن قضى أفضل صفة جاز، وإن قضى أكثر كيلاً جاز إذا كان يسيراً على قول **ابن القاسم**[3]، وعلى القول الآخر يجوز وإن كثر.

---

(١) قوله: (دراهم) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (منها) ساقط من (ت) و(ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٦.

فصل

[في قضاء المحمدية من اليزيدية، واليزيدية من المحمدية، وقضاء المحمولة من السمراء، والسمراء من المحمولة]

ومن اقترض[(١)] مائة درهم يزيدية فقضاه مائة محمدية جاز ذلك قبل الأجل وبعده، فإن قضاه تسعين محمدية لم يجز قبل الأجل ولا بعده؛ لأن المحمدية أفضل فكان القابض قد ترك وزن اليزيدية لموضع فضل عيون المحمدية وذلك رباً.

وإن كان القرض مائة محمدية فقضاه مائة يزيدية جاز ذلك بعد الأجل ولم يجز قبله، ويدخله «ضع وتعجل».

فإن قضاه مائة وعشرة يزيدية؛ لم يجز قبل الأجل ولا بعده.

ومن أقرض رجلاً مائة إردب سمراء، فقضاه مائة محمولة، جاز بعد الأجل، ولم يجز قبله.

وإذا كان القرض مائة محمولة فقضاه مائة سمراء جاز ذلك بعد الأجل، واختلف فيه إذا لم يحل الأجل، فقيل[(٢)]: ذلك جائز؛ لأن السمراء أجود وقد تعجل ما هو أفضل[(٣)].

وقيل: لا يجوز؛ لأنها مما تختلف فيه الأغراض، والمحمولة قمح مصر

---

(١) في (ت): (وإن اقترض)، وفي (ق٤): (ومن أقرض).

(٢) في (ت): (فقال).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٣٣، وما بعدها.

وزريعته، فقد يفضل[1] للحاجة إلى ذلك عند[2] الزريعة.

والأول أحسن؛ لأن السمراء أفضل وأغلى إلا أن يكون دفع السمراء عندما احتيج إلى المحمولة.

---

(١) في (ق٤): (يزيد).

(٢) في (ت)، و(ق٤): (عن).

باب



في الدنانير القائمة والأفراد والمجموعة والحلي والتبر والقمح والدقيق يقتضى بعضه من بعض



الدنانير القائمة والأفراد والمجموعة في القضاء على ثلاثة أقسام:

فتجوز القائمة والأفراد والمجموعة[1] أن يقتضى[2] بعضها من بعض من غير مراعاة لأيهما تقدمت في الذمة.

ولا يجوز في الأفراد والمجموعة أن يقتضى بعضها من بعض على كل[3] حال.

ويجوز أن تقتضى القائمة من المجموعة، ولا تقتضى المجموعة من القائمة، هذا قوله في **الكتاب**[4].

والصواب أن تقتضى المجموعة من القائمة، كما يجوز أن تقتضى القائمة منها، والقائمة يزيد كل دينار منها حبة على الوازن، والأفراد ينقص كل دينار منها حبة عن[5] الوازن[6]، فجاز أن تقتضى إحداهما من الأخرى[7]؛ لأن

---

(١) قوله: (والمجموعة) ساقط من (ق٤) و(ب).

(٢) في (ق٤): (يقضى).

(٣) قوله: (كل) ساقط من (ق٤).

(٤) انظر: المدونة ٣/ ٣٥.

(٥) في (ب): (على).

(٦) في (ت): (الوزن).

(٧) في (ب): (الآخر).

الفضل من ناحية صاحب القائمة وهو أحسن القضاء، إن أخذت من[1] الأفراد، ومسامحة من المقتضي إن تركها وأخذ الأفراد إلا أن تكون القائمة أقل عدداً فتدخله مبايعة؛ لأنه ترك فضل أعداد الأفراد لموضع فضل[2] عيون القائمة وذلك رباً.

والمجموعة مختلفة الوزن؛ منها ما ينقص قيراطاً وأقل وأكثر، ويدخل فيها ما وزنه نصف وثلث إلا أن الوزن يجمعها، فمن كانت له مائة مجموعة أخذ مائة بالصنجة فيدخلها مع الأفراد المبايعة؛ لأن للأفراد فضل عين وللمجموعة فضل وزن، فجعلا فضل العين لموضع فضل الوزن وذلك رباً، إلا أن يسقط فضل وزن المجموعة ويأخذ الأفراد بوزن المجموعة سواءً فيجوز، ويصير الفضل من ناحية واحدة وهو من صاحب الأفراد، إلا أن يكون لكثرة العدد عندهم فضل فيجوز على القول أن الاقتضاء كالمراطلة.

وأما القائمة والمجموعة فيجوز أخذ بعضها عن بعض إذا لم يكن لكثرة العدد عندهم فضل؛ لأن الفضل لصاحب القائمة، فإن أخذت عن المجموعة كان حُسنُ قضاءٍ من الغريم، وإن أخذت المجموعة عنها كانت تجاوزاً من القابض؛ لأنه أخذ ما هو أدنى في الوزن والعين، وإن كان للعدد عندهم فضل[3] لم يجز أيهما تقدم في الذمة أو تأخر؛ لأن في مقابلة فضل وزن القائمة وفضل عينها فضل عدد المجموعة، وذلك رباً لأنها مبايعة، وليست بمعروف إلا أن يتساويا في الوزن.

---

(١) في (ت) و(ق٤): (عن).

(٢) قوله: (فضل) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (فضل) ساقط من (ت).

وأجاز **ابن القاسم** إذا أسلف قائمة بمعيار، أو باع بقائمة وزنها كذا وكذا أن يقضي مجموعة بمثل ذلك الوزن، وإن كانت المجموعة أكثر عدداً[(١)]، وهذا هو أحد القولين أن الاقتضاء كالمراطلة.

ومدار هذه المسائل وما بعدها على ثلاث[(٢)]:

فمتى كان الفضل من جنبة[(٣)] واحدة جاز؛ لأن ذلك تفضل من الدافع أو القابض، وإن كان لكل واحد منهما فضل سَكَّة أو ذهب واختلف الوزن؛ حرم.

وإن استوى الوزن كان على قولين في الاقتضاء هل هو كالمراطلة؟ وعلى هذا يجري الجواب في الدنانير و[(٤)] التبر إذا اقتضى التبر عن الدنانير أو الدنانير عن التبر.

فإن كان التبر أفضل وزناً حرم؛ لأن فضل الوزن لموضع فضل السكة، وإن استوى الوزن وجودة الذهب أو كان ذهب التبر أدنى أو كان التبر أقل وزناً وأدنى جودة -جاز؛ لأن الفضل من صاحب الدنانير وحده.

(ب ٣٤٩/أ)

وإن كان التبر أجود نظرت إلى الوزن، فإن كان سواءً/ جاز على أحد القولين[(٥)] إنه كالمراطلة، وإن كان التبر أقل وزناً لم يجز، وكان رباً؛ لأن فضل وزن الدنانير وفضل السكة في مقابلة جودة الذهب. ومثله الحلي والتبر، فإن كان التبر أكثر لم يجز، وسواء كان في الجودة مثل ذهب الدنانير أو أجود أو أدنى.

وإن استوى الوزن والجودة، أو كان التبر أدنى أو أقل وزناً جاز؛ لأن

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٣٥.

(٢) قوله: (ثلاث) ساقط من (ت).

(٣) في (ب): (جهة).

(٤) قوله: (الدنانير و) ساقط من (ت).

(٥) في (ب)، و(ق٤): (على القول).

الفضل من ناحية صاحب الدنانير، وإن كان ذهب التبر أجود وهو أقل وزناً لم يجز، وإن كان مثل وزن الدنانير جاز على أحد القولين إنه كالمراطلة.

وإن كان دنانير أو حليّاً واختلف الوزن لم يجز بحال؛ لأن السكة والصياغة كالعرضين وهما مما تختلف فيهما الأغراض، ولا يقال: إن أحدهما أفضل من الآخر؛ لأن هذه تراد لما لا يراد له الآخر.

وإن استوى الوزن كان فيهما قولان: الجواز والمنع، وسواء استوى الذهبان في الجودة أو اختلفا.

فمنع ذلك **مالك** مرة[1] في **كتاب محمد**، وقال: يفسخ إذا فعلاه. وأجازه في **مختصر ابن عبد الحكم** فيمن أصدق امرأة دنانير أن يعطي عنها حليّاً مثلاً بمثل[2].

وأجازه في **الكتاب** إذا كانت له دنانير قائمة بوزن أن يأخذ مجموعة بوزنها[3].

وأجاز ذلك أيضاً فيمن كان[4] له قمح أن يأخذ عنه دقيقاً بكيله، وإن كان قد ترك الريع لمكان[5] الطحين، وكل هذا مختلف فيه إذا كان اقتضاءً، وأجيز في المراطلة.

ولا فرق بين المسألتين، فإما أن يجوز ذلك فيهما جميعاً في الاقتضاء

---

(١) قوله: (مرة) ساقط من (ت) و(ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٥.

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٣٦.

(٤) قوله: (كان) ساقط من (ب).

(٥) في (ت): (لمكان).

والمراطلة وتكون السَّكَّة والصياغة في معنى اللغو، أو يمنع فيهما جميعاً ويُقَدَّر بمنزلة سلعة وذهب بسلعة وذهب.

فصل

[في اقتضاء الدقيق عن القمح، والقمح عن الدقيق]

واقتضاء الدقيق من القمح على ثلاثة أوجه:

إما أن يكونا سواء في الكيل، أو يكون الدقيق أكثر كيلاً، أو أقل كيلاً: فإن كان في مثل كيله جاز.

وقال **ابن القاسم**: وإن كان قد ترك ريع القمح لموضع طحن الدقيق(١).

قال الشيخ: أخذ الدقيق من القمح تدخله المبايعة، فإن كانت الجودة سواء؛ كان ريع القمح لمكان الطحين، وإن كان الدقيق أجود؛ كان الريع لمكان الطحين والجودة، وإن كان الدقيق أدنى؛ كان ريع القمح وجودته لمكان الطحين، فالمبايعة(٢) لا تفارقه بحال، وهذا على أصله في جواز بيع القمح بالدقيق(٣). وأما على ما ذكره عبد الوهاب فيمنع هذا كله(٤).

وإن كان الدقيق أكثر كيلاً وأقل من ريع القمح لم يجز، وإن كان مثل ريع القمح بأمر لا شك فيه والجودة سواء جاز؛ لأن الفضل من الغريم وحده، وهو حُسنُ قضاءٍ. وإن كان الدقيق أدنى في الجودة لم يجز.

---

(١) انظر النوادر والزيادات: ٦/ ٦.

(٢) في (ب): فالمبالغة.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٤٥.

(٤) انظر المعونة: ٢/ ١١.

واختلف إذا كان أقل كيلاً؛ فمنعه **ابن القاسم**[(١)]. وأجازه **أشهب** إذا كانت الجودة سواء[(٢)].

وهو **أحسن** إذا كان أقل بالشيء الكثير مما يرى أنه معروف من القابض، وأن مثل ذلك لا يترك لموضع الطحين.

ومثله إذا كان أقل كيلاً وأدنى جودة فذلك جائز، وإن كان أقل وأجود لم يجز قولاً واحداً، وهذا في القرض، وكرهه **ابن القاسم** في البيع، وذلك كله مع حلول الأجل، وأما إذا لم يحل الأجل وأخذ دقيقاً مثل كيل قمحه لم يجز؛ لأنها مبايعة، وإذا كانت مبايعة كان طعاماً بطعام ليس يداً بيد إلا على القول ببراءة الذمم فيجوز.

وإن كان الدقيق أقل كيلاً لم يجز، ويدخله «ضع وتعجل» إذا كانا في الجودة سواء، أو الدقيق أدنى، وإن كان الدقيق أجود[(٣)] كان رباً، وإن تعجل الدقيق على القمح قبل الأجل لم يجز عند **أشهب**، ويدخله على قوله «ضع وتعجل»[(٤)].

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ١٥٢.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٤٠، والنوادر والزيادات: ٦/ ٧.

(٣) في (ب): أفضل.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٤، ٥٥.



باب
في مبادلة الدينار بأوزن منه أو أكثر



التفاضل بين الذهبين محرم إذا كان على وجه المبايعة، ويفترق الجواب إذا كان على وجه المعروف، وهو على ثلاثة أوجه:

فيجوز بدل دينار بأوزن منه إذا كان بغير ميزان، ويمنع إذا كان بميزان هذا في كفة وهذا في كفة، وفضلا بينهما في الوزن.

واختلف في بدل دينار بدينارين من سكة واحدة؛ فمنعه **أشهب**، وأجازه **المخزومي** وإن كان أحدهما نقداً والآخر إلى أجل.

وكذلك النَّسَاء بين الذهبين محرم على وجه البيع، ويجوز على وجه المكارمة والمعروف، وهو القرض، فبيع مائة دينار بمثلها إلى أجل ربا وحرام، وسلف مائة دينار ليرد مثلها إلى سنة جائز، ولا فرق بينهما إلا أن هذا على وجه المعروف والآخر على وجه المكايسة.

وإذا كان ذلك وجاز التفاضل في بدل دينار من الأفراد بدينار[1] من القائمة[2] بغير ميزان - جاز ذلك في مجموع بقائم، وإن فضلا بينهما في الوزن فقد يقول صاحب القائم: لا أرضى بدفعه إلا أن يكون نقص الآخر قيراطاً أو قيراطين، فإن كان أكثر لم أفعل، ويقول الآخر: هذا دينار ينقص قيراطاً وحاجتي إلى وازن، فيزن له الآخر ليعطيه الوزن الذي أحب.

---

(١) قوله: (بدينار) يقابله في (ب): (ببدل دينار).

(٢) قوله: (من القائمة) يقابله في (ق٤): (قائم).

فصل

[في مبادلة الدينار بأوزن منه]

ويجوز عند **مالك** بدل الدنانير بأوزن منها، وذلك بثلاثة شروط:

أن تكون سكتها واحدة وذهبها واحد سواء، أو يكون ذهب الأوزن أجود، فإن كانت سكة أقلها وزناً أفضل أو كان ذهبه أجود لم يجز[(١)].

(ب) ٣٤٩/ب

واختلف إذا كان سكة الأوزن أجود/ ؛ فكرهه **ربيعة ومالك**، وقال **ابن القاسم**: لا بأس به عندي.

وقد كان شيخنا **أبو الطيب**[(٢)] يقول في قول مالك: إن ذلك لأن السكك يختلف نفاقها في البلدان، فتكون في بلد بخيسة وفي آخر نافقة. وقد كان ذلك في الدينار المستنصري والتجاري، مضى لهما وقت والمستنصري أفضل في الصرف بنحو ربع الثمن وعيارهما واحد، فخشي **مالك** أن تكون المبادلة لأن السكة الأدنى أحسن[(٣)] وزناً من النافقة[(٤)] في بلد آخر؛ فتدخله مبايعة.

ويجوز بدل دينار طيب بدينار مغشوش بنحاس أو فضة إذا كانت السكة واحدة؛ لأن ذلك مكارمة من صاحب الجيد، وكذلك دينار صحيح طيب

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٣٨.

(٢) هو: أبو الطيب عبد المنعم بن إبراهيم الكندي، والمعروف بابن بنت خلدون، قيرواني، هو ابن أخت الشيخ أبي علي بن خلدون من نبلاء هذه الطبقة ومتفننيها. وكان له علم بالأصول، وحذق بالفقه والنظر. تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي عمران، وأخذ عن أبي سفيان المقرئ، وبه تفقه اللخمي، توفي سنة ٤٣٥هـ. انظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف ص: ١٠٦.

(٣) قوله: (أحسن) زيادة من (ب).

(٤) قوله: (من النافقة) يقابله في: (ق٤)، و(ت): (نافقة).

بدينار من هذه الرباعية وإن كانت محمولة بفضة؛ لأن ذلك مكارمة من صاحب الدينار الطيب[1].

وقال أشهب في المدونة في بيع درهم مغشوش بدرهم طيب: لا بأس به، قال: وإنما يشبه هذا البدل[2]. وقد مضى في كتاب القسم بدل قمح جيد بطعام غلث[3] أو مسوس[4].

فصل

[فيما يسمح به في إبدال الناقص بالوازن]

يجوز عند مالك بدل الدينارين والثلاثة بأوزن منها[5].

واختلف عنه في الستة. وكره ما كان أكثر[6] من ذلك. وأجيز النَّسَاء في القرض وإن كثر.

وأجيز أيضاً ما كثر في[7] الجيد والرديء[8] إذا استوى الوزن.

---

(١) قوله: (الدينار الطيب) يقابله في (ت): (الجيد).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٥٠.

(٣) الغَلْثُ: الخَلْطُ، والغَلْثُ: خَلطُ البُرِّ بالشعير أَو الذُّرة. انظر: لسان العرب، لابن منظور: ٢/ ١٧٢.

(٤) في (ب): متشوش.

(٥) انظر: المدونة ٣/ ٣٨.

(٦) في (ت)، و(ق٤): (كثر).

(٧) في (ق٤): (من).

(٨) قوله: (ما كثر في الجيد والرديء) يقابله في (ب): (في الجيد والرديء)، وأشار لما في النسختين في هامش (ب).



باب
في بيع الذهب بالذهب مراطلة



ومن **المدونة** قال **ابن القاسم** فيمن صارف رجلاً بدنانير سكة مضروبة ذهباً أصفر بتبر مكسور إبريز أحمر وزناً بوزن: لا بأس به[1].

وكذلك بدل الدنانير بالدنانير أحدهما أجود سكة والآخر أجود ذهباً، والدنانير بالحلي أحدهما أنفق سكة أو صنعة والآخر أجود ذهباً، فلا بأس بذلك كله عنده إذا استوى الميزان.

وقال الشيخ **أبو الحسن ابن القصار** ﷺ: لا يجوز أن يتراطلا بخلخالين من فضة أو ذهب بمثلهما[2] مسكوكاً حتى تستوي الجودة؛ جودة الحلي وجودة الدنانير، فإذا استوى الذهبان جاز، ولم يراع نفاق السكة والصياغة عند الناس؛ لأن السكة عين، والصياغة زيادة جودة؛ فزيادة الجودة خلاف العين، وقد قيل: إنه يراعى ذلك فيهما، قال: الأول أحسن.

قال الشيخ: ولا فرق بين السكة والصياغة، فإما أن يقال[3] يلغى حكمهما جميعاً؛ فيجوز وإن اختلف الذهبان ويكون بمنزلة تبر بتبر، أو يراعيان جميعاً فيمنعان؛ فيكون بمنزلة ذهب وعرض بذهب وعرض.

وإن كان من عند أحدهما دنانير سكة واحدة ومن عند الآخر سكتان، فإن كانت السكة المنفردة أجود من السكتين أو أدنى منهما جازت المراطلة؛ لأنا لا نجد في فعلهما ذلك مبايعة، وإنما هو معروف من صاحب الجيدة

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٤٥.

(٢) قوله: (بمثلهما) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (يقال) زيادة من (ب).

لصاحب الدنيئة.

وإن كانت المنفردة أجود من إحدى السكتين وأدنى من الأخرى لم يجز؛ لأن هذه مبايعة ترك فضل الجيدة[1] لمكان ما معهما من الدنية، فلو فُضَّت المنفردة على قيم السكتين كان الذي ينوب الجيدة أكثر من خمسين والأخرى دون ذلك، وكذلك إن ظهر في أحدهما على عيب لم يرجع في نصف الدنانير[2]؛ لأن الذي ينوبهما مختلف.

واختلف إذا كانت المنفردة مثل إحدى السكتين والأخرى أجود أو أدنى، فأجازه **ابن القاسم**، ومنعه **سحنون**.

مثال ذلك أن يخرج أحدهما مائة دينار عتقاً، والآخر خمسين عتقاً وخمسين هاشمية، فرأى[3] **ابن القاسم** أن الخمسين العتق تقابل الخمسين العتق، وتكون المراطلة في خمسين عتق بخمسين هاشمية[4].

وقول **سحنون** أحسن؛ لأني لا أجده جعل المراطلة مائة بمائة إلا لغرض لهما في ذلك، ولو كان القصد من صاحب المائة العتق مكارمة لصاحب الهاشمية لراطله[5] خمسين عتقاً بخمسين هاشمية، وأبقى الخمسين التي يأخذ مثلها لنفسه، ولم يدخلها في المراطلة؛ إذ لا فائدة له في ذلك، فلما امتنع أن يتطول عليه بخمسين إلا بشرط أن يعاوضه بخمسين أخرى علمنا أن ذلك

---

(١) قوله: (ترك فضل الجيدة) يقابله في (ب): (ما ترك الجيدة إلا).

(٢) في (ت): (الدينار).

(٣) في (ت): (قال).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٢٩.

(٥) في (ت)، و(ق٤): (لمراطلة).

لغرض لهما في ذلك؛ فكان المنع أولى.

وكذلك إن كان من ناحية دنانير[1] مسكوكة ومن ناحية تبران، فإن كانت المسكوكة أجود من التبرين أو أدنى منهما فذلك جائز، وإن كانت أجود من إحداهما، وأدنى من الأخرى فهو فاسد.

وكذلك إن كانت من ناحية دنانير مسكوكة ومن ناحية دنانير وتبر، فإن كانت السكة المنفردة أجود من الدنانير والتبر أو أدنى فذلك جائز.

وإنما يراعى في الدنانير المسكوكة نفاقها على هيئتها ولا يراعى صفة ذهبها؛ لأنها إذا كانت مسكوكة كانت غير مراعاة، وإنما تراعى على ما ذهب إليه الشيخ **أبو الحسن** الجودة في الذهوب والتبر وذهبها[2]، وعلى القول الآخر يراعى الذهب والسكة.

فإن كانت الدنانير المنفردة أنفق من الدنانير والتبر وذهبها أدنى لم يجز؛ لأنها إن أجريت على حكم البياعات في القبض وفيما ينوب كل واحد منهما كان في العين/ متفاضلاً.

(ب) ٣٥٠/أ

وإن كانت السكة المنفردة أنفق من الدنانير ودون التبر، أو أنفق من التبر ودون الدنانير؛ لم يجز، وإن كانت الدنانير المنفردة مثل الدنانير الأخرى والتبر أجود أو أدنى - جاز ذلك على قول **ابن القاسم**، ولم يجز على قول **سحنون**.

وكذلك إذا كانت أربع ذهوب؛ من ناحية دنانير وتبر، ومن[3] الناحية الأخرى مثل ذلك.

---

(١) في (ب): (دراهم).

(٢) قوله: (والتبر وذهبها) زيادة من (ب).

(٣) قوله (ومن) يقابله في (ب): (من).

وإن كان الفضل في النفاق والجودة سواء[١] جاز ذلك وإن تساوت السكتان واختلف التبران، وإن[٢] اتفق التبران واختلفت السكتان[٣]؛ جاز على قول **ابن القاسم**، ولم يجز على قول **سحنون**.

وقد تقدم على[٤] قول **ابن القاسم** إذا كان من عند أحدهما دنانير ذهب أصفر، ومن عند[٥] الآخر ذهب إبريز أحمر - أن ذلك جائز[٦].

ومحمل قوله في الأصفر أن ذلك من أصل الخلقة في المعدن.

وكذلك بعض الذهوب أصفر خلقة، فإن كان ذلك لغش في الدنيء لم يجز، قاله **مالك** في **مختصر ما ليس في المختصر**، قال: إذا كانت الدنانير مغشوشة، فلا أظن تجوز المراطلة بها.

وقال **ابن القاسم** في **المدونة** فيمن اشترى دنانير منقوشة مضروبة ذهبا إبريز أحمر بتبر[٧] أصفر، ثم أصاب بالدنانير ما لا يجوز في السوق، قال: لا يرد إلا أن يكون مغشوشاً، فينتقض من الصرف بقدر ما أصاب[٨].

ولم يبين هل ذلك إذا قام[٩] مشتريها بالعيب أم لا، وعلى قول **مالك**

---

(١) قوله: (سواء) ساقط من (ت).

(٢) في (ب)، و(ق٤): (أو).

(٣) في (ق٤): (السكة).

(٤) قوله: (على) ساقط من (ق٤) و(ب).

(٥) قوله: (عند) ساقط من (ت).

(٦) انظر: المدونة: ٣/ ٤٤.

(٧) قوله: (بذهب إبريز أحمر وتبر) يقابله في (ت): (ذهب إبريز أحمر تبر).

(٨) انظر: المدونة ٣/ ٤٤.

(٩) في (ب): أقام.

ينتقض جبراً؛ لأن الرضا بذلك لا يحل؛ لأنه تفاضل.

ولا يجوز على هذا بيع التبر بالتبر إذا كان في أحدهما غش، وإن دخلا[(١)] على السلامة، ثم تبين أن في أحدهما غشاً - أجبرا على نقضه إذا كان الذي فيه الغش أجود ذهباً متى أزيل غشه، وإن[(٢)] كان متساوياً أو أدنى جاز؛ لأن ذلك تفضل من أحدهما ولا تدخله مبايعة.

فصل

[في إسلام الدراهم والدنانير في اللحم]

ومن أسلم دراهم في رطل لحم على صفة فقضاه بعد الأجل رطلاً أجود من صفته أو أدنى، ولم يزد أحدهما الآخر شيئاً - جاز ذلك، وإن أخذ الذي له السَّلَم أجود، وزاد لمكان الجودة شيئاً لم يجز، ودخله التفاضل وبيع الطعام قبل قبضه. ومثله إذا أخذ أدنى وزيادة عرض.

وإن كانت الزيادة دراهم أو ذهباً لم يجز أيضاً؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عملا على ذلك فيدخله إذا كانت الزيادة دراهم بيع وسلف، وإذا كان ذهباً التفاضل بين الذهبين، ويدخله التفاضل بين الطعامين وبيع الطعام قبل قبضه إذا لم يحمل على أنهما عملا على ذلك.

وإن أخذ رطلين على صفة سلمه جاز، ويدفع ثمن الرطل الزائد نقداً أو إلى أجل، وإن كانا أجود جاز أن يتطول المسلم إليه بالزائد إذا لم يأخذ عنه[(٣)] ثمناً، فإذا أخذ عنه عوضاً فسد، وكان قد باع رطلاً رديئاً ودراهم برطلين

---

(١) في (ت): (دخل).

(٢) زاد في (ب)، و(ق٤) بعد قوله: (إن): (يكون).

(٣) في (ت) و(ب): (فيه).

جيدين؛ فيدخله التفاضل وبيع الطعام قبل قبضه، وإن أخذ رطلاً قبل محل الأجل لم يجز؛ إلا أن يكون مثل صفة سلمه سواء.

وإن أخذه أجود دخله: حُطَّ عني الضمان وأزيدك، وإن كان أدنى دخله: «ضع وتعجل»، ولا يجوز أن يأخذ قبل الأجل أكثر وزناً ولا أقل، وسواء كانت الصفة سواء أو مختلفة بجودة أو دناءة، ويدخله: التفاضل والطعام بالطعام ليس يداً بيد، وبيع الطعام قبل قبضه.





باب
فيمن له على رجل دينار، هل يصارفه في بعضه؟ وفيمن اقترض نصف دينار أو اشترى بنصف دينار أو بدانق، بماذا يقضى عليه؟ وفيمن أقرض فلوساً أو اشترى بها ففسدت أو انقطعت

وأجاز **مالك وابن القاسم** لمن له على رجل دينار أن يصارفه في بعضه في سدسه أو نصفه أو ما أحب؛ لأن الباقي بعد المصارفة ذهب، ولأنه لو صرف منه نصفه[1] وأحب الغريم أن يخرج ديناراً فيكونا فيه شريكين نصفين؛ لأُجْبِرَ الآخر على قبوله، ولو باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار لأجبر على أن يقضيه ديناراً صحيحاً، ولو كان يمتنع[2] من صرف بعضه لأجل أنه لا يحكم في الباقي إلا بفضة لُمنِعَ أن يهبه نصفه؛ لأنه يكون بمنزلة من وهب هبة على أن يصارفه بعد ذلك، فيكون على قوله هبة فاسدة.

وإن صارفه في نصفه بدراهم جاز أن يأخذ في بقيته وَرِقاً أو عرضاً، وكذلك لو ابتدأ بأخذ عرض عن نصفه، ثم أراد أن يأخذ بقيته عرضاً[3] أو ورِقاً - جاز.

واختلف إذا صارفه في نصفه[4] أو أخذ عرضاً، هل يجوز أن يأخذ في

---

(١) في (ب): بعضه.

(٢) في (ب): يمنع.

(٣) في (ت): (عوضاً).

(٤) في (ب): بعضه.

بقيته ذهباً؟ فمنع ذلك **مالك وابن القاسم**، وقال **ابن القاسم**: لأنه يصير ذهباً وَوَرِقاً/ بذهب، أو ذهباً وعرضاً بذهب(١). يريد: أنهما يتَّهمان أن يكونا عملا على ذلك.

(ب) ٣٥٠/ب

وقال **محمد**: وأجاز **أشهب** أن يأخذ بالباقي ذهباً إذا كان مثل ذهبه ومثل وزنه، لا أقل ولا أكثر(٢).

وهو أحسن؛ لأنه إذا أخذ قطعة مثل ذهبه ومثل وزنه كان قد ترك فضل السكة، وذلك معروف منه، ولا يدخله مبايعة، ويجوز أن يأخذ دون ذهبه ودون وزنه، ويمنع أن يأخذ أقل وزناً وأجود ذهباً.

ويختلف إذا أخذ أجود من ذهبه مثل وزنه، فيمنع على(٣) من جعل الاقتضاء خلاف المراطلة، ويجوز على من سوى بينهما.

وقال **محمد**: كره **ابن القاسم** أن يأخذ في ابتداء أخذه في أول ما يأخذ قطعة ذهب ثلثاً أو نصفاً(٤). وذلك؛ لأنه إن أخذ في الباقي ورقاً أو عرضاً دخله على أصله ذهب بذهب وورق أو عرض، ويجوز ذلك على قول **أشهب** حسبما تقدم.

ومن قال لرجل: أقرضني نصف دينار والصرف عشرة دراهم بدينار، فأعطاه خمسة دراهم؛ لم يقض له إلا بخمسة دراهم مثل ما أعطى، ولو مضى معه إلى الصراف فصرف ديناراً فأعطاه نصفه، فكذلك ليس له إلا مثل ما أخذ

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٤٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٧.

(٣) قوله: (على) ساقط من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٧.

من الدراهم.

قال **مالك وابن القاسم**: ولو أعطاه ديناراً فصرفه المستسلف، فأخذ نصفه ورد نصفه؛ كان عليه نصف دينار غلا الصرف أو رُخص[(١)].

وقال **ابن القاسم في كتاب محمد** فيمن قال لرجل: أسلفني نصف دينار، فدفع إليه ديناراً، فقال: اذهب فصَرِّفه فخذ نصفه وائتني بنصفه، فقال: أخشى ألا يكون عليه إلا مثل ما أخذ من الدراهم. ولو قال له: خذ هذا الدينار، فخذ نصفه وجئني بنصفه، كان يجب له عليه عين[(٢)].

وقال **ابن القاسم في العتبية**: إذا أعطاه ديناراً وقال له: صرفه فخذ نصفه وجئني بنصفه أن عليه نصف دينار[(٣)] ذهباً[(٤)].

وهو أحسن؛ لأنه إنما قال له «خذ نصفه وجئني بنصفه» إنما يأخذه ليصرفه ويأتيه بنصفه دراهم، فلا فرق بين قوله: «خذه وجئني بنصفه» وبين قوله: «صرفه وجئني بنصفه»، وينبغي أن يكون عليه نصف دينار ذهباً.

فصل

[فيمن ابتاع سلعة ببعض درهم أو بدانق وشبه ذلك]

ومن اشترى شيئاً بدانق أو دانقين أو ثلاثة جاز، ومحمل بيعها على الفضة، والدانق سدس درهم. فمن باع بدانق كان له سدس درهم، أو دانقين كان له

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٥١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٦.

(٣) قوله: (نصف دينار) يقابله في (ت)، و(ق٤): (نصفه دينار).

(٤) انظر البيان والتحصيل: ٧/ ٤٩.

ثلث درهم، أو ثلاثة كان له نصف درهم.

فإن كان عندهم الدراهم الصغار قضي له بذلك منها، وإن كانت كباراً لا يجوز عندهم غيرها، وكسرها فساد؛ قضي له بصرفها فلوساً إذا كانوا يتبايعون بالفلوس، والقضاء بالفلوس إذا باع بجزء من درهم كالقضاء بالدراهم إذا باع بجزء من دينار.

وإن لم يكونوا يتبايعون بالفلوس قضي له بما العادة[1] أنه يقضى عن ذلك من طعام أو غيره، وإن لم تكن لهم في ذلك عادة أخرج درهماً فكانا فيه شريكين، ثم يتبايعانه بما ينقسم.

وقال **ابن القاسم** فيمن باع بدانق فلوساً نقداً: فلا بأس به إذا كان الدانق معروفاً كم هو من عدد الفلوس، قال: وإن باع بدانق فلوساً إلى أجل فلا بأس به؛ إذا سَمَّيا ما له من الفلوس أو كانا عارفين بعدة الفلوس[2].

ففرق بين النقد والأجل، فأجازه في النقد إذا كانا عارفين بما يجب للدانق من الفلوس، ولم يجزه في الأجل إلا إذا سمَّيا ما يأخذ من الفلوس، ولو لم يسمِّيا لم يجز؛ لأن الحكم على ما يكون من الصرف يوم يحل الأجل.

وقال **مالك** فيمن باع سلعة بنصف دينار إلى أجل على أن يأخذ به دراهم: لا خير فيه[3]؛ لأن البيع وقع على الدراهم وهي لا تعرف، وإنما وقع على ما يكون من صرف الدينار يوم يحل الأجل، فهذا لا يعرف بما باع به سلعته، فلم يجزه في الأجل إلا أن يسميا؛ لأن إطلاق الأمر عنده على ما يكون من الصرف

---

(١) في (ت) و(ق٤): (بالعادة).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٥٢.

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٥٢.

يوم يحل الأجل.

وقال أيضاً فيمن باع سلعة بنصف دينار نقداً على أن يأخذ به دراهم، قال:[١] قال **مالك**: إذا كان الصرف معروفاً يعرفانه؛ فلا بأس به إذا اشترطا كم الدراهم من الدينار[٢].

والقول الأول أحسن؛ إذا كان البيع بالنقد أن تجزئ[٣] معرفتها للصرف وعليه يحملان.

فصل

[فيمن له دينار أو بعضه مؤجلاً، فأراد أن يقضي الغريم قبل الأجل دراهم ونحوها]

ومن كان له نصف دينار إلى أجل فعجل عنه[٤] الغريم دراهم قبل الأجل لم يجز، ويدخله الوَرِق بالذهب إلى أجل، إلا على قول[٥] من قال ببراءة الذمم، ولو عجلا ديناراً فكانا فيه شريكين لجاز.

وقال **ابن القاسم** فيمن كان له على رجل كراء سدس دينار في كل شهر فتدارك[٦] عليه ستة أشهر، فإنه يحكم عليه بدينار يجمع ذلك كله عليه، قال: وإن كان معسراً فأراد أن ينجِّمه عليه كسوراً فلا يفعل، ولكن يتركه على حاله

---

(١) قوله: (قال) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٥٢.

(٣) في (ت): (يجري).

(٤) قوله: (عنه) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (قول) ساقط من (ت)، و(ق٤).

(٦) في (ق٤): (فتداركه)، ويقابله في (ت): (فتراكب).

فيقبض منه ما وجد[١].

واختلف فيمن عليه دينار منجم ثلثه في كل نجم، فأراد أن يعجل ديناراً قبل الأجل، فقال **مالك**: لا بأس بذلك[٢].

وقال **أحمد بن مُيَسِّر**: لا خير فيه؛ لأنه يعجل له ما يحكم به دراهم إلى الأجل.

وقول **مالك أحسن**؛ لأن الذي عليه[٣] ذهب ولو كان ذلك لم يحكم في مسألة **ابن القاسم** فيمن/ له سدس دينار في كل شهر أن عليه ديناراً[٤]، وإن تداركت عليه ستة أشهر.

(ب) ٣٥١/أ

ولا خلاف فيمن له نصف دينار حالٌّ ونصف إلى أجل؛ أنه لا يجوز له أن يؤخره بالنصف الحالِّ ليأخذ ديناراً صحيحاً؛ لأن التأخير سلف؛ فلا يجوز إلا أن يريد به المعروف للمطلوب.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٥.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٤٤٥.

(٣) في (ت) و(ق٤): (عليه).

(٤) قوله: (أن عليه ديناراً) يقابله في (ت): (لا بدراهم)، ويقابله في (ب): (إلا بدراهم).



فصل

[أثر قطع التعامل بالفلوس في القرض والبيع]

وقال **مالك** في القرض والبيع بالفلوس: إذا فسدت فليس له إلا الفلوس[١]، قال في **كتاب الرهن**: لو كانت مائة فلس بدرهم، ثم صارت ألف فلس بدرهم - لم ينظر إلى ذلك، وليس له إلا مثل فلوسه[٢].

قال الشيخ: ولو انقطعت فلم توجد كان له قيمتها يوم انقطعت إذا كان الدَّيْن حالًّا، وإن كان إلى أجل وانقطعت قبل الأجل كان له قيمتها يوم يحل الأجل، ولم ينظر إلى قيمتها يوم انقطعت؛ لأنه لم يكن توجه له قبل الأجل طلب، وإن أخره بعد الأجل أجلاً ثانياً كان عليه قيمتها يوم حلَّ الأجل الأول؛ لأن بالقيمة وقع التأخير.

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٥٠.

(٢) انظر: المدونة ٤/ ١٥٢، ١٥٣.




باب
في المبايعة بالدراهم الزيوف

قد تقدم القول في جواز المراطلة بالزيوف، وكره **مالك** المبايعة بها، قال: لأن ذلك داعية إلى إدخال الغش على المسلمين(١).

وقال **أشهب**: تكسر إلا أن يخاف أن تسبك فتجعل دراهم فتباع على وجه الفضة، فلتصف حتى تباع فضتها ناحية ونحاسها ناحية(٢).

واختلف في اللبن يغش، فقال مالك: كان عمر بن الخطاب ﷺ يطرحه في الأرض أدباً لصاحبه(٣).

وقال **مالك**: الأحسن أن(٤) يتصدق به، قال: وكذلك الزعفران والمسك إذا غشه بنفسه، وإن اشتراه مغشوشاً لم أر ذلك عليه. وقال **ابن القاسم**: إن ذلك فيما كان يسيراً، وأما الكثير فلا أرى ذلك؛ وليؤدب بالضرب الوجيع(٥).

يريد: ولا يتصدق به عليه.

قال **مالك**: من الغش بَلُّ الخُمُر التي(٦) تعمل من القز بماء الخبز لتتصفق بذلك وتشتد(٧).

---

(١) انظر: المدونة ٣/ ٥٠.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٥٠.

(٣) انظر: المدونة ٣/ ٥٠.

(٤) قوله: (الأحسن أن) زيادة من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٧٤، والبيان والتحصيل: ٩/ ٣١٨، ٣١٩.

(٦) قوله: (التي) يقابله في (ب): (الذي).

(٧) انظر البيان والتحصيل: ٩/ ٣١

قال: ومن الغش أن يخلط الذهب الجيد بِدَنِيِّه[١] فيسبكهما[٢]، ونفخ اللحم غش، وهو يغير طعمه[٣]، ويجوز على قوله الصدقة بذلك كله، وعلى قول **ابن القاسم**: تغسل الخُمُر حتى يذهب ذلك منها، ولا يتصدق بها عليه، ويعاقب.

والخلاف في القليل: هل يطرح أو يتصدق به؟ والخلاف في الكثير: هل يتصدق به، أو يترك لصاحبه ويعاقب؟

ولو اشترى رجل شيئاً من ذلك كله، وهو عالم بغشه ليبيعه من الناس ولا يبين؛ كان حكمه حكم من غش، يتصدق به عليه أو يعاقب على قول **ابن القاسم**، والأصل في العقوبة في المال أمر النبي ﷺ بالقُدور التي أُغْلِيت بلحوم الغنم قبل أن تقسم أن تُكْفَأَ[٤]. والعتاق[٥] على مَن مَثَّل[٦] بعبده.

كمل كتاب الصرف، والحمد لله حق حمده[٧]

---

(١) في (ت)، و(ق٤): (بدونه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٧١.

(٣) انظر البيان والتحصيل: ٩/ ٣٢٧.

(٤) متفق عليه، البخاري: ٢/ ٨٨٢، في باب قسمة الغنم، من كتاب الشركة، برقم(٢٣٥٦)، ومسلم: ٣/ ١٥٥٨، في باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، من كتاب الأضاحي، برقم (١٩٦٨).

(٥) قوله: (والعتاق) يقابله في (ب): (وقياساً).

(٦) أخرجه ابن ماجه: ٢/ ٨٩٤، في باب من مثَّل بعبده فهو حرٌّ، من كتاب الديات، برقم (٢٦٧٩)، ولفظه: (عَنْ سَلَمَةَ بْنِ رَوْحِ بْنِ زِنْبَاعٍ عَنْ جَدِّهِ أَنَّهُ قَدِمَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَدْ خَصَى غُلَاماً لَهُ. فَأَعْتَقَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِالْمُثْلَةِ) قال الهيثمي: ٤/ ٤٣٦: (رواه أحمد والطبراني ورجاله ثقات. وفيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ولكنه ثقة).

(٧) قوله: (والحمد لله حق حمده) زيادة من (ب).



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
كتاب الأيمان بالطلاق	2597

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

۞۞۞

